

**Selskap mv. hjemmehørende i utland innenfor EØS
som kvalifiserende objekt under fritaksmetoden.**

Kandidatnummer: 606

Leveringsfrist: 25. april 2009

Til sammen 17 157 ord

21.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Formål med oppgaven.....	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Oppgaven videre.....	1
<u>2</u>	<u>FRITAKSMETODEN</u>	<u>3</u>
2.1	Bakgrunn.....	3
2.2	Hovedreglene om fritaksmetodens virkeområde.....	5
2.2.1	Skattesubjekt for fritaksmetoden	5
2.2.2	Objekt for fritaksmetoden	6
2.2.3	Utenlandske selskap.....	10
2.3	Hovedhensyn bak fritaksmetoden.....	12
2.3.1	Hensynet til å unngå kjedebeskatning innenfor selskapssektoren og bedre kapitalmobilitet.....	12
2.3.2	Hensynet til å sikre større grad av skattemessig likestilling av investorer/investeringer i Norge og utlandet, særlig innenfor EØS grunnet EØS-avtalen.....	14
2.3.3	Hensynet til å oppnå administrative besparelser for ligningsmyndighetene og reduserte etterlevelseskostnader for selskapene	15
<u>3</u>	<u>EØS-AVTALEN OG DENS BETYDNING PÅ SKATTEOMRÅDET</u>	<u>17</u>
3.1	Kort om EØS-avtalen.....	17
3.2	EØS-avtalen og skatterett	18
3.3	Restriksjonsbegrepet – utgangspunkter	20
3.4	Nærmere om restriksjonsbegrepet og unntaksreglene.....	22

<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM FRITAKSMETODENS GRENSEOVERSKRIDENDE</u>	
	<u>VIRKEOMRÅDE SETT I SAMMENHENG MED EØS-AVTALEN</u>	<u>26</u>
4.1	Begrepet ”hjemmehørende”	27
4.2	Begrensninger ved porteføljeinvesteringer	32
4.3	Avgrensning mot selskaper hjemmehørende i lavskatteland	33
4.4	Begrepet ”tilsvarende utenlandsk selskap mv.”	38
4.4.1	Ordlyden i sktl § 2-38 (2)	38
4.4.2	Forarbeidene til sktl § 2-38.....	40
4.4.3	Skattedirektoratets praksis	44
4.4.4	Tolkningsuttalelse fra Finansdepartementet datert den 25. september 2007	46
4.4.4.1	Departementets lovtolkning	47
4.4.4.2	Hensynet til å unngå kjedebeskatning	49
4.4.4.3	EUs mor-datterselskapsdirektiv	51
4.4.5	Reelle hensyn.....	53
4.4.5.1	Aksjefond etablert innenfor EØS er forutsatt omfattet av fritaksmetoden	53
4.4.5.2	Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet.....	54
4.4.5.3	Potensielle kjedebeskatnings effekter	55
4.4.5.4	Hensynet til regelsettes effektivitet og forutberegnlig etterlevelse	56
4.4.6	Forholdet til EØS-avtalens grunnleggende friheter	57
4.4.6.1	Foreligger en sammenlignbar situasjon?	57
4.4.6.2	Innebærer den nasjonale ordningen en traktatstridig forskjellsbehandling?	60
4.4.6.3	Kan allmenne hensyn forsvare forskjellsbehandlingen?	61
4.4.7	Delkonklusjon.....	62
4.5	Konklusjon	63
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>64</u>
<u>6</u>	<u>DOMS – OG AVGJØRELSESREGISTER</u>	<u>65</u>
<u>7</u>	<u>LOV- OG FORARBEIDSREGISTER M.V.....</u>	<u>68</u>

1 Innledning

1.1 Formål med oppgaven

Formålet med oppgaven er å belyse forhold ved fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde, med vurderinger av om Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er ivaretatt.

Oppgavens fokus er rettet mot grensene for fritaksmetodens virkeområde. Fremstillingen søker å finne og redegjøre for de krav som må være oppfylt for at utenlandske selskap mv., hjemmehørende innenfor EØS, skal kunne anses kvalifiserende under metoden som objekt. De krav som oppgaven fremhever vil presenteres med innhold og rekkevidde. I den sammenheng vil det enkelte krav vurderes og drøftes i forhold til EØS-avtalens forpliktelser og grunnleggende friheter.

Oppgaven vil tillegge formuleringen ”tilsvarende utenlandsk selskap mv.” i skatteloven § 2-38 (2) særlig vekt og oppmerksomhet. I forbindelse med vurderingen av denne ordlyden, vil oppgaven særlig drøfte en tolkningsuttalelse avgitt Finansdepartementet.

1.2 Problemstilling

Hvilke krav kan stilles til selskap mv. hjemmehørende i utland innenfor EØS, for å anses kvalifiserende under fritaksmetoden som objekt?

1.3 Oppgaven videre

I kapittel 2 vil jeg presentere fritaksmetodens regelsett, historisk bakgrunn og bakenforliggende hensyn. I kapittel 3 følger EØS-rettslige betraktninger, med fokus på de grunnleggende friheter og restriksjonsforbudet. I kapittel 4 vil jeg presentere, problematisere og drøfte de krav som kan oppstilles i forbindelse med fritaksmetodens

grenseoverskridende virkeområde, og da spesielt i et EØS-rettslig perspektiv og i forhold til det kvalifiserende objekt. I denne sammenheng vil jeg spesielt fokusere på formuleringen ”tilsvarende utenlandske selskaper mv.” i skatteloven § 2-38 (2).

2 Fritaksmetoden

2.1 Bakgrunn

Skattereformen 2004-06 var først og fremst en reform av beskatningen av eiere av næringsvirksomhet, enten virksomheten er eid gjennom aksjeselskap (AS), deltagerlignet selskap (DLS) eller enkeltpersonsforetak. Ved utformingen av regelverket ble det lagt særlig vekt på hensynet til likebehandling av de kvalifiserte skattesubjekter innefor selskapssektoren. Ved å legge til grunn felles prinsipper for beskatning, skal reglene fremme en samfunnsøkonomisk og ressurseffektiv organisering av den enkelte virksomhet, der valg av foretaksform ikke blir skattemessig motivert eller påvirket.¹ Det ble innført to grunnmodeller for beskatning av inntekter på aksjer og andre eierandeler, benevnt henholdsvis skjermingsmodellen og fritaksmetoden.

Skjermingsmodellen kommer til anvendelse ved skattleggingen av personlige aksjonærer, personlige deltagere i deltagerlignede selskaper og selvstendig næringsdrivende, og medfører at risikofri avkastning på investert kapital skjermes mot ekstrabeskatning. Skjermingsmodellens tre undergrupper blir henholdsvis kalt aksjonærmodellen, deltagermodellen og foretaksmodellen.²

Fritaksmetoden er hjemlet i skatteloven (sktl) § 2-38 og gjelder for aksjonærer og deltagere som er selskaper mv. Innenfor metodens anvendelsesområde er skattesubjektet unntatt fra den beskatning som påhviler innvunnet inntekt på aksjer og andre eierandeler. Tilsvarende tap er ikke fradragsberettiget (symmetriprinsippet)³. De hovedregler som ligger til grunn for fritaksmetoden hjemler beskatningsrett for slik inntekt. Fritaksmetoden representerer

¹ Skattedirektoratet (2006)

² Skattedirektoratet (2006)

³ Skatteloven § 9-4 (1)

således et unntak. Dette medfører at dersom fritaksmetoden ikke kan komme til anvendelse, må en falle tilbake på hovedregelen om skatteplikt.

Fritaksmetoden er gitt virkning for utbytteinntekter innvunnet 1. januar 2004 eller senere, for aksjegevinster og – tap realisert 26. mars 2004 eller senere, og for gevinster og tap på eierandeler i deltakerlignede selskaper realisert etter 1. januar 2006.⁴

I Ot.prp. nr. 1 (2008-2009) kap. 6 og i Innst. O. nr. 1 (2008-2009) kap. 6 ble det foreslått ”en sjablongmessig inntektsføring på 3 % av skattefrie inntekter under fritaksmetoden”. Reglene er trådt i kraft fra og med 7. oktober 2008, og er begrenset til å kun gjelde kvalifiserende subjekter som er hjemmehørende i Norge. Inntektsføringen på 3 % avviker fra symmetriprinsippet ved at den gjennomføres uavhengig av størrelsesordenen på de fradragsberettigede kostnadene. Den sjablongmessige inntektsføringen beregnes med utgangspunkt i ”netto skattefrie inntekter under fritaksmetoden”.⁵ Dette innebærer at skattefrie aksjeinntekter redusert med tap ved realisasjon av aksjer som ikke er fradragsberettiget, utgjør grunnlaget for beregningen av inntektsføringen. Basert på formålsbetraktninger kan inntektsføring etter treprosentregelen anses som en reversering av fradragsførte aksjekostnader. Aksjeinntektene kan derfor fremdeles anses som fullt ut skattefrie.⁶ Kvalifiserende inntekter under fritaksmetoden vil derfor i det videre benevnes skattefrie. I oppgaven videre vil det ikke bli fokusert særskilt på denne reglen.

⁴ Skattedirektoratet (2006)

⁵ *Lignings ABC 08/09* (2009) s. 62

⁶ Talmo (2009)

2.2 Hovedreglene om fritaksmetodens virkeområde

2.2.1 Skattesubjekt for fritaksmetoden

Sktl § 2-38 (1) angir positivt og uttømmende hvilke skatteyttere som omfattes av fritaksmetoden som subjekt.⁷ Sett i sammenheng med sktl. § 2-2 (1) litra a) til d), jfr. § 2-38 (1) litra a), kan følgende liste opptegnes.

- Aksjeselskap og allmennaksjeselskap
- Sparebank og annet selveiende finansieringsforetak
- Gjensidig forsikringsselskap
- Samvirkeforetak
- Aksjefond
- Interkommunalt selskap
- Selskap mv. som er heleid av staten
- Forening
- Stiftelse
- Kommune og fylkeskommune
- Konkurs- og administrasjonsbo etter debitor som omfattes sktl. § 2-38 (1)
- Europeisk selskap
- Europeisk samvirkeforetak
- Utenlandske selskaper mv. som tilsvarer selskaper mv. som omfattes av sktl. § 2-38 (1)

Fritaksmetoden gjelder etter dette kun juridiske personer. Loven oppretter således en selskapssektor hvis grenser også definerer fritaksmetodens anvendelsesområde. Lovens opplisting er dermed avgjørende for hvilke selskaper som omfattes av fritaksmetoden som subjekt.

⁷ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.5

I forarbeidene til loven er subjektspørsmålet formulert til å gjelde ”hvilke skatteytere som kan oppbære skattefrie inntekter etter fritaksmetoden, og som ikke vil ha fradragsrett for tilsvarende tap”.⁸ Ved vurderingen av hva som skulle anses å kvalifisere som subjekt under fritaksmetoden, la Finansdepartementet (FIN) betydelig vekt på forholdet mellom den skattemessige behandling av selskapsaksjonærer og personlige aksjonærer ved opptjening av aksjeinntekter. FIN formulerte følgende forutsetning ved utformingen av reglene. ”Kvalifiserende inntekt” (jfr. pkt. 2.2.2 under) kan ikke ”overføres fra selskapssektoren til fysiske personer, uten at det oppstår beskatning av avkastning ut over den risikofrie avkastning”.⁹ Dette bærende prinsipp bak fritaksmetoden kan bidra til å forklare hvorfor opplistingen i loven er blitt som den er. Nemlig en opplisting som kun inkluderer juridiske personer med nærmere bestemt organisasjonsform. Videre kan kanskje lovens oppregning være et tolkningsmoment dersom det ellers skulle være tvilsomt hva som omfattes, men dette er neppe særlig praktisk.

I det følgende vil skattesubjekter som omfattes av fritaksmetoden benevnes som kvalifiserende.

2.2.2 Objekt for fritaksmetoden

Sktl § 2-38 (2) slår fast hvilke inntekter og tap som omfattes av fritaksmetoden. I forarbeidene legger Departementet til grunn at det kun er ”utbytte og gevinst på eierandeler i visse selskaper mv. som kan kvalifisere for fritak, mens tilsvarende tap ikke vil gi rett til fradrag”.¹⁰ Inntekt som omfattes av fritaksmetoden benevnes i det følgende som kvalifiserende.

Det er flere momenter som må vurderes for å anse inntekten som kvalifiserende under fritaksmetoden. For det første må det underliggende investeringsobjektet tilfredsstille

⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (i)

⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (i)

¹⁰ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (i)

lovens beskrivelse. I sktl § 2-38 (2) litra a) og b) er grunnlaget for inntekten ”eierandel i selskap mv.” I dette ligger det en forutsetning om at skattesubjektet er eier av en andel i det aktuelle selskapet. Typisk vil dette være aksjer og lignende selskapsandeler som muliggjør forskjellige former for avkastning og inntekt til eieres fordel. Dette vil eksempelvis utelukke inntekt som følge av en fordring mot et selskap mv. Låneavdrag og -renter vil i så måte ikke være kvalifiserende inntekt under fritaksmetoden. Eierandelen må videre være knyttet til en nærmere bestemt krets av selskaper for at dens avkastning skal omfattes av fritaksmetoden. Etter sktl § 2-38 (2) litra a) begrenses denne selskapskrets til deler av oppregningen i bestemmelsens første ledd. Følgende selskaper omfattes av fritaksmetoden som objekt.¹¹

- Aksjeselskap og allmennaksjeselskap
- Sparebank og annet selveiende finansieringsforetak
- Gjensidig forsikringsselskap
- Samvirkeforetak
- Aksjefond
- Interkommunalt selskap

Sktl. § 2-38 (2) litra b) utvider selskapskretsen til å inkludere ”selskap som nevnt i § 10-40 første ledd” som objekt under fritaksmetoden. Dette innebærer at også eierandeler i såkalte ansvarlige selskaper kan danne grunnlag for en kvalifiserende inntekt. Dette er selskaper som etter sktl § 2-2 (2) litra a) ikke er egne skattesubjekter. Etter denne bestemmelsens tredje ledd skal ”deltakerne i selskap som nevnt i annet ledd lignes hver for seg for sin andel i selskapets formue og inntekt, jf. § 4-40 og 10-40 til 10-45”. Slike selskaper er såkalt deltakerlignede.

I sktl § 2-38 (2) litra c) slås det fast at et ”finansielt instrument med eierandel i selskap mv. som nevnt i dette ledd a som underliggende objekt”, kan være grunnlag for den kvalifiserende inntekt. Et eksempel på et finansielt instrument vil være en aksjeopsjon.

¹¹ Skatteloven § 2-38 (2) litra a)

Med aksjeopsjon menes ”en rett, men ikke plikt, til å kjøpe eller selge en angitt mengde aktiva på et avtalt tidspunkt til en pris som fastsettes på avtaletidspunktet”.¹² Men i slike tilfeller avkorter loven anvendelsen av fritaksmetoden til å gjelde aksjer og eierandeler knyttet til den samme begrensede selskapskrets som det henvises til i sktl § 2-38 annet ledd litra a). Eierandeler i ansvarlige selskaper kan således ikke være underliggende objekt for et slikt finansielt instrument.

Etter dette må et kvalifisert investeringsobjekt etter fritaksmetoden enten være en eierandel i et kvalifiserende selskap mv., eller et finansielt instrument med slik eierandel som underliggende objekt.

På den annen side er den kvalifiserende inntekt begrenset til kun den type inntekt som kan anses å være avkastning på overnevnte eierandeler mv. Slik avkastning kan for det første være gevinst ved realisasjon eller uttak av investeringsobjektet. For det andre kan utdeling av utbytte omfattes som kvalifiserende inntekt.

Etter sktl § 9-2 (1) anses realisasjon som en ”overføring av eiendomsrett mot vederlag”. Realisasjonsgevinst oppstår som en følge av at vederlaget overstiger de kostnader som den opprinnelige eier pådro seg ved anskaffelsen av eierandelen, jfr. for eksempel sktl. § 10-32 for beregning av gevinst ved realisasjon av eierandeler i aksjeselskaper.

Gevinst ved realisasjon av eierandel i selskap mv. vil etter hovedregelen om alminnelig inntekt anses som skattepliktig inntekt, jfr. sktl § 5-1. Dette utgangspunkt gjelder både ved realisasjon av eierandeler i aksjeselskap og ansvarlig selskap, jfr. henholdsvis sktl. §§ 10-31 (1) og 10-44 (1). Tilsvarende tap vil være fradragsberettiget, jfr. sktl § 9-4 (1). Fritaksmetoden representerer således unntaket for skatteplikten både hva gjelder for gevinst ved realisasjon av eierandeler i kvalifiserende selskaper mv. etter sktl § 2-38 (2) litra a) og

¹² *Jusleksikon* (1999) s. 208

b), samt ved realisasjon av nærmere bestemte finansielle instrumenter etter bestemmelsens litra c). Etter symmetriprinsippet vil tilsvarende tap ikke være fradragsberettiget.

Uttaksbeskatning etter sktl § 5-2 utløses når et objekt får en endret funksjon eller bruksområde, eller overføres på annen måte enn ved realisasjon.¹³ Typisk gjelder dette gaveoverføringer. Gevinst oppnådd ved uttak av et kvalifiserende investeringsobjekt omfattes således av skattefritaket under fritaksmetoden, jfr. sktl § 2-38 (2). For eksempel kan et aksjeselskap dele ut aksjer som utbytte til sine aksjonærer, uten å bli beskattet for aksjens latente gevinst.

Som utdelt utbytte etter sktl § 10-11 (2) ”regnes enhver utdeling som innebærer en vederlagsfri overføring av verdier fra selskapet til aksjonær”. Sktl § 2-38 (2) litra a) oppstiller et krav om lovlighet for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse. Ved vurderingen av om lovlighetskravet er oppfylt, skal man legge til grunn de samme momenter som ved vurderingen av lovligheten ved beregningen av skjermingsfradrag etter sktl § 10-12 (1) 2. pkt.¹⁴ Formuleringen av dette kravet refererer seg først og fremst til de selskapsrettlige begrensninger som gjelder for utdeling av utbytte slik de fremgår av aksjelovens og allmennaksjelovens kapittel 8. Etter dette skal man ta hensyn til både de materielle og de prosessuelle selskapsrettslige regler ved vurderingen av utdelingens lovlighet.

I forhold til ansvarlige selskaper etter sktl § 10-40, foreligger det ikke hjemmel for beskatning av utdelinger fra selskapet til deltager som er omfattet av fritaksmetoden som skattesubjekt. Dette fremgår ikke direkte av fritaksmetodens regelsett, men er begrunnet i tilsvarende kjedebeskatningshensyn, jfr. under i pkt 2.3.1. En deltager i et ansvarlig selskap er skattepliktig for sin andel av selskapets overskudd, jfr. sktl § 10-41. Dersom dette overskuddet utdelt andelsmessig, vil selskapsdeltager bli gjenstand for økonomisk dobbelbeskatning hvis ikke regelverket unntar slik deltager for skatteplikt ved utdelt

¹³ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.2.3

¹⁴ *Bedrift, selskap og skatt* (2006) s. 333

overskudd. Etter sktl § 10-42 er det kun personlige deltagere som mottar utdeling fra selskapet som er pliktig til å svare skatt av en slik inntekt.

2.2.3 Utenlandske selskap

Ved utformingen av fritaksmetodens regelsett la FIN til grunn at grenseoverskridende inntekter som hovedregel kan kvalifisere under fritaksmetoden.¹⁵ Dette innebærer at selskaper mv. som er hjemmehørende i utlandet også skal kunne anses som kvalifiserende både som skattesubjekt og som objekt.¹⁶

Den kvalifiserende inntekt som utenlandske subjekter innvinner, kalles gjerne utgående grenseoverskridende inntekt. Motsatt vil den kvalifiserende inntekt som subjekter hjemmehørende i Norge innvinner, benevnes inngående. I oppgaven videre vil hovedfokus være på den inngående grenseoverskridende inntekt.

Utgangspunkter ved fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde er kodifisert i sktl § 2-38 (1) litra k) og (2) litra a) og b).

Etter sktl § 2-38 (1) litra k) skal også ”utenlandske selskaper mv. som tilsvarende selskaper mv. som omfattes av dette ledd”, fritas for skatteplikt på kvalifiserende inntekt. Dette innebærer at utenlandske selskaper mv. omfattes av fritaksmetoden som subjekt, dersom tilsvarende norsk selskap mv. omfattes. I praksis representerer regelen først og fremst et unntak fra beskatning av aksjeutbytte utdelt fra et norsk aksjeselskap. Unntaksregelen virker i to henseender. Både der den utenlandske aksjonær plikter å svare kildeskatt etter sktl § 10-13, og fra plikten til å medregne aksjeutbyttet til en eventuell filials virksomhetsinntekt i Norge, der eierskap av aksjene anses som ledd i filialens næringsvirksomhet, jfr. sktl § 2-3 (1) litra b). Men fritaket fra plikt til å svare kildeskatt begrenses av sktl § 2-38 (5), som slår fast at virkeområdet for unntaket på nærmere vilkår

¹⁵ Ot.prp. nr 1 (2004-2005) pkt 6.1

¹⁶ *Bedrift, selskap og skatt* (2006) s. 347

bare omfatter tilfeller der aksjonær er hjemmehørende i et EØS-land. For gevinster og tap er det ingen internrettslig hjemmel for beskatning av utenlandske juridiske personer. Skattefritaket vil da normalt ikke være av praktisk betydning. Men etter sktl § 2-3 (1) litra b), er gevinst på aksje som eies ved filial i Norge underlagt skatteplikt. I slike tilfeller vil skattefritaket etter fritaksmetoden ha et praktisk anslag.

Fritaksmetoden skal som hovedregel også gjelde gevinst ved realisasjon eller uttak av eierandel i selskap mv. som nevnes i sktl § 2-38 (1) litra a) til c), § 10-40 (1), eller ”tilsvarende utenlandsk selskap mv”, jfr. sktl § 2-38 (2) litra a) og b).

Sktl § 10-11 (2) gjelder også for utbytte fra ”tilsvarende utenlandske selskaper mv.”, jfr. sktl § 10-10 (1). Ved henvisning til denne bestemmelsen i sktl § 2-38 (2) litra a), omfattes også utdelt utbytte fra aksjeselskap og allmennaksjeselskap eller likestilt selskap og sammenslutning samt ”tilsvarende utenlandske selskaper mv.” som kvalifiserende inntekt under fritaksmetoden.

Et hovedhensyn bak fritaksmetoden er at nasjonale regler skal samsvare med EØS-avtalens rettigheter og forpliktelser.¹⁷ Dette innebærer at fritaksmetoden i utgangspunktet gis tilsvarende virke innenfor EØS-området som i Norge. Unntaket fra dette er slått fast i sktl § 2-38 (3) litra a) som gjelder inntekt fra selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS. I slike tilfeller virker fritaksmetoden under vilkår om reell etablering og reell økonomisk virksomhet i det aktuelle landet.¹⁸ Utenfor EØS vil fritaksmetoden derfor kun virke i begrenset omfang. For det første er inngående inntekt fra lavskatteland utenfor EØS ikke omfattet som kvalifiserende inntekt, jfr. sktl § 2-38 (3) litra a). Videre må den inngående inntekt være knyttet til investeringer av en viss størrelsesorden, jfr. sktl § 2-38 (3) litra b), c) og d). Dette utelukker inntekt fra såkalte porteføljeinvesteringer i selskaper utenfor EØS.

¹⁷ Se under i pkt 2.3.2

¹⁸ Se under i pkt 4.3

Etter dette kvalifiseres utenlandske selskaper, både som subjekt og objekt under fritaksmetoden, ved krav om å tilsvare kvalifiserende norske selskaper mv., jfr. sktl §§ 2-38 (1) litra k) og (2) litra a) og b), samt 10-10 (1). Innholdet av formuleringen ”tilsvarende utenlandsk selskap mv.” i sktl § 2-38 (2), vil bli drøftet særskilt i pkt. 4.4 under.

2.3 Hovedhensyn bak fritaksmetoden

2.3.1 Hensynet til å unngå kjedebeskatning innenfor selskapssektoren og bedre kapitalmobilitet

I forarbeidene til fritaksmetodens regelsett legger FIN til grunn hensynet til å unngå kjedebeskatning av inntekt som hovedbegrunnelse for skattefritaket.¹⁹ Med kjedebeskatning menes den effekt som oppstår i en eierkjede med selskaper, der inntekter på eierandel blir beskattet på mottakers hånd ved hvert ledd.²⁰

Alle de juridiske personer som faller inn under oppstillingen i sktl § 2-2 (1), er å anse for egne skattesubjekter. Dette innebærer at selskapet som egen juridisk person er å anse som ansvarlig for påhvilende skatteforpliktelser. I motsatt fall, der selskapet ikke er et eget skattesubjekt, vil deltagerne i selskapet måtte bære den aktuelle skattebyrden. Dette er tilfellet ved for eksempel ansvarlige selskaper, der deltakerne i selskapet ”lignes hver for sin andel av selskapets formue og inntekt”, jfr. sktl § 2-2 (2) litra a) og (3).

Skattesubjekter som anses hjemmehørende i Norge, er som hovedregel pliktig til å svare skatt av ”all formue og inntekt her i riket eller i utlandet”, jfr. sktl § 2-2 (1) og (6).

De selskapsformene som er opplistet i sktl § 2-38 (1) er alle å anse som egne skattesubjekter, jfr. sktl § 2-2 (1). Dette medfører at et selskap som er omfattet av fritaksmetoden, i utgangspunktet vil være skattepliktig for all sin inntekt. Unntaket som

¹⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.4.1

²⁰ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.1.

fritaksmetoden representerer, unntar kun kvalifisert inntekt fra beskatning, mens innvinning av øvrig inntekt vil utløse skatteplikt for subjektet.

En eierandel i et selskap vil normalt gjenspeile den verdi som selskapets virksomhet til enhver tid representerer. Normalt vil eierandelen øke i verdi dersom selskapet oppbærer et skattepliktig inntektsoverskudd. Et slikt overskudd vil kunne gi grunnlag for eventuelle utdelinger til selskapets eiere eller gevinst ved realisasjon av eierandel i selskapet. En slik avkastning på kapitalinvesteringer i kvalifiserende selskaper under fritaksmetoden, vil da bestå av inntekt som er beskattet ved opptjening i det underliggende selskapet eller enda lengre ned i eierkjeden. Hensynet til å unngå kjedebeskatning innenfor selskapssektoren tilsier derfor at slik kvalifiserende inntekt unntas fra beskatning.

På den annen side er det innført økonomisk dobbeltbeskatning av inntekt på eierandeler som tilfaller personlige aksjonærer. Den inntekt som overstiger skjermingsfradraget skattelegges. Formålet er å sikre en tilnærmet lik skattebelastning uten hensyn til om inntekten tas ut som avkastning på eierandel eller godtgjørelse for arbeidsinnsats.²¹

I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1 er konsekvensene av kjedebeskatning og fritaksmetoden formulert som følgende: "Kjedebeskatning kan gi incentiver til omorganisering, og kan dessuten svekke kapitalmobiliteten i næringslivet. Fritaksmetoden vil bedre kapitalmobiliteten, sammenlignet med det gjeldende systemet med RISK og godtgjørelse."²² Dette bærende hensyn bak fritaksmetoden og den medførende skattemessige behandlingen av kvalifiserende subjekter vil da i utgangspunktet lede til lik skattemessig byrde og behandling uavhengig av kvalifiserte virksomheters organisasjonsform. Regelsettet bidrar i stor grad til frihet ved valg av foretaksform slik at næringslivet ikke hindres eller begrenses, men får virke på en hensiktsmessig og samfunnsøkonomisk effektiv måte.

²¹ St. medl. nr. 29 (2003-2004) pkt 1.1

²² RISK og godtgjørelssystemet vil kort bli redegjort for under i pkt. 2.3.2.

Skattefritaket som virker innenfor fritaksmetodens krets av kvalifiserende selskaper vil også bedre muligheten for en effektiv utnyttelse av ressurser. Skattehensyn kan til en viss grad lede til innlåsnings effekter ved at kapital anses ueffektivt anvendt ved investering og mest hensiktsmessig beholdt i selskapet. Dette vil hindre fremgang og effektiv konkurranse i næringslivet.²³ Under fritaksmetoden vil kapital i større grad kunne allokere uhindret som grunnlag og egenkapitalinnskudd ved etablering av selskaper. Men vil også kunne plasseres som investeringer utelukket for å oppnå sparings- og avkastningseffekter. Uansett vil slike grunnleggende premisser underbygge og fremme økonomisk effektivitet i selskapssektoren.

2.3.2 Hensynet til å sikre større grad av skattemessig likestilling av investorer/investeringer i Norge og utlandet, særlig innenfor EØS grunnet EØS-avtalen.

I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1 ble hensynet til utenlandsinvesteringer og EØS-retten formulert slik:

”Med fritaksmetoden vil det bli større grad av skattemessig likebehandling av investeringer i Norge og utlandet. Skattefritaket for norske selskaper vil gjelde tilsvarende for aksjeinntekter til eller fra selskaper hjemmehørende i andre EØS-land. Fritaksmetoden vil derved være i samsvar med EØS-avtalens krav om de fire friheter mv., og fjerne usikkerheten som det gjeldende systemet med RISK og godtgjørelse representerer i forhold til EØS-avtalen.”

Før skattereformen 2004-2006 var mottager av aksjeutbytte fra norske selskaper underlagt skatteplikt for sine aksjeinntekter. For å motvirke effekten av en slik økonomisk dobbelbeskatning, fikk aksjonær til gjengjeld godtgjørelse for den skatt som det utdelende selskapet på sin side hadde svart ved oppbæring av sitt inntektsoverskudd. Ved

²³ Eide (2005) s. 127

godtgjørelsesfradrag ble dermed mottagers skatt på utbytte eliminert. Mot slutten av 1990-tallet hadde mange EU-land et slikt godtgjølssystem som lempet skattebyrden på aksjonærnivå. Men reglene hadde gjennomgående kun anvendelse på selskaper hjemmehørende i det enkelte land. Problemet som EF-domstolen vurderte og fant traktatstridig i Manninen-saken²⁴ var nettopp skattesystemets internasjonale avgrensning. I forhold til de norske reglene kom EFTA-domstolen ved rådgivende uttalelse til samme resultat i Fokus Bank-saken²⁵, og proklamerte at regelens begrensede anvendelsesområde, som kun omfattet aksjonærer hjemmehørende i Norge, ikke kunne opprettholdes i forhold til EØS-avtalens forpliktelser. En annen måte som forhindret økonomisk dobbelbeskatning av selskapsoverskuddet var de såkalt RISK-reglene. Regelsettet sørget for at inntekt skattlagt ved selskapet ikke ble skattlagt på ny som del av aksjegevinst på aksjonærens hånd. I hovedsak gikk reglene ut på at ”aksjens andel av inntekt som var skattlagt på selskapets hånd og ikke utdelt til aksjonærene, kunne regnes med til aksjens inngangsverdi ved gevinstberegning”.²⁶ Selv om det ikke foreligger noen domsavgjørelse, ble RISK-reglene opphevet ved skattereformen for å potensielt være i konflikt med EØS-avtalen. Det daværende bildet av skattesystemet i Norge (før reformen), fordret derfor endringer som kunne lede til bedre samsvar med EØS-avtalens krav og regler om de såkalte fire friheter, jfr. redegjørelse i pkt. 3 under.

2.3.3 Hensynet til å oppnå administrative besparelser for ligningsmyndighetene og reduserte etterlevelseskostnader for selskapene

Et tredje hovedhensyn bak fritaksmetoden har utspring i søken etter å gjøre regelverket generelt mer effektivt.²⁷ Sammenlignet med det skattesystem som var gjeldende før reformen, vil gjennomføringen av fritaksmetoden representere et praktisk enklere regelsett. Ved fritaksmetoden er det etablert et skattesystem med redusert grad av usikkerhet og

²⁴ Sak C-319/02 Manninen

²⁵ Sak E-1/04 Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet

²⁶ *Bedrift, selskap og skatt* (2006) s. 287.

²⁷ Skattedirektoratet (2006)

kompleksitet i forhold til det som var tilfelle ved det tidligere reglesettet med RISK og godtgjørelse. Som følge av dette vil ligningsmyndighetene oppleve administrative besparelser, og den enkelte skatteyder vil få reduserte etterlevelseskostnader.²⁸

²⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1

3 EØS-avtalen og dens betydning på skatteområdet

Før fritaksmetoden ble innført, virket et system med godtgjørelse for aksjeutbytte og RISK for realisasjonsgevinst. På lik linje med fritaksmetoden, forhindret det gamle systemet også kjedebeskatning, men i sin utforming innebar reglene begrensninger og elementer som ikke var i tilstrekkelig samsvar med EØS-avtalen. Et hovedanliggende bak fritaksmetoden er derfor å søke å oppfylle de forpliktelser og krav som følger av EØS-avtalens regelverk.²⁹ Dette gjelder først og fremst EØS-avtalens krav om fri kapitalmobilitet over landegrenser, samt kravet til etableringsfrihet for selskaper mv. i kretsen av medlemsland.

I de følgende avsnitt vil det bli redegjort for EØS-avtalen og de aktuelle konsekvenser den har for grenseoverskridende kapital mellom Norge og andre medlemsstater.

3.1 Kort om EØS-avtalen

Norge har, sammen med de øvrige EFTA-statene, lenge hatt tilgang til EUs marked gjennom tidligere frihandelsavtaler. Men der slike avtaler gjerne er begrenset til å gjelde spesifiserte ressurser og konkrete markedssektorer, er EØS-avtalen adskillig mer ambisiøs.³⁰ Hovedformålet med en avtale om et europeisk økonomisk samarbeidsområde (EØS), er å utvide EUs indre marked til å omfatte EFTA-statene og gjøre dem til integrerte aktører.³¹

EØS-avtalen omhandler først og fremst vilkår for deltagelse i EUs indre marked.

For at dette markedet skal kunne opprettholdes i tråd med EUs overordnede målsetninger, må det enkelte medlemsland sørge for at dets lover og rettsregler harmoniserer med, og

²⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-05) pkt 6.1

³⁰ *EØS-rett* (2004) s. 83

³¹ *EØS-rett* (2004) s. 83

gjenspeiler de prinsipper som virker og ligger til grunn for dette fellesskapsmarkedet. EØS-avtalen vil i så måte være malen for hvordan for eksempel Norge må justere sitt regelverk slik at det korresponderer med EUs prinsipper for det indre marked.

Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, ble undertegnet i mai 1992 og trådte i kraft 1. januar 1994.

3.2 EØS-avtalen og skatterett

EØS-avtalens virkeområde kan grovt avgrenses til å gjelde de grunnleggende frihetene, konkurranseregler og noen andre særlige oppregnede områder. I den videre fremstillingen vil kun EØS-avtalens grunnleggende friheter bli behandlet.

De grunnleggende frihetene er først og fremst forutsetninger for et funksjonelt og effektivt indre handelsmarked. Medlemsstatenes handels- og næringsvirksomhet må således få anledning til å virke innenfor rammene av disse frihetene for at markedets målsetninger skal kunne realiseres. Disse rammebetingelsene innebærer at det ikke skal være unødvendige hindringer eller restriksjoner på grenseoverskridende flyt av ressurser som varer, tjenester, personer og kapital.³² I juridisk litteratur og politiske sammenhenger har disse frihetene fått fellesbetegnelsen ”de fire friheter”. De regelsett som omhandler disse frihetene er plassert i del II og III i avtalens hoveddel, og er i hovedsak bygget opp av generelle forbudsbestemmelser med tilhørende unntak. I forhold til reglenes innhold, er det klare og generelle utgangspunkt at EØS-avtalens materielle bestemmelser skal tolkes i overensstemmelse med tilsvarende EU-regler.³³ Dette følger av homogenitetsmålsetningen slik den er uttrykt i EØS art. 1, fortalens sekstende ledd, samt tolkningsreglene i EØS art. 6 og ODA art. 3. Dette medfører blant annet at EF-domstolens praksis vil være en viktig rettskilde å ta hensyn til ved utpenslingen av EØS-avtalens rettsregler.

³² *EØS-rett* (2004) s. 260

³³ *EØS-rett* (2004) s. 84

Skattepolitikk er ikke omfattet av EØS-avtalens virkeområde.³⁴ Men til tross for en slik begrensning, kan det være liten tvil om at nasjonal skatterettslig regulering potensielt kan påvirke den grenseoverskridende flyt av ressurser som avtalen søker å verne om. For eksempel vil norsk skatterettslig behandling av aksjeinntekter knyttet til næringsvirksomhet i utlandet, kunne påvirke mobiliteten av denne type grenseoverskridende kapital. Nasjonale skatterettslige løsninger må da, selv om rettsområdet ikke faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, vise hensyn til EØS-rettslige forpliktelser. Som nevnt over var nettopp søken etter bedre samsvar mellom norske og EØS-rettslige regler et formål med innføringen av fritaksmetoden. I denne sammenheng vil det først og fremst være den frie bevegelighet av kapital etter EØS art. 40, som potensielt kan påvirkes av norske skatteregler.

Fritaksmetoden omfatter som nevnt avkastning på investert kapital i en nærmere bestemt krets av utenlandske selskaper. Investeringene kan enten betegnes som en porteføljeinvestering, der eierandelen i utgangspunktet ikke representerer mer enn 10 pst. av selskapet. Eller så kan investeringen i selskapet være av en mer varig karakter og da med en høyere grad av eierskap. Sistnevnte investeringer kalles gjerne varige driftsinvesteringer eller direkteinvesteringer. Dette vil være tilfellet der en norsk person eksempelvis har innskutt kapital i et utenlandsk selskap som svarer til en eierandel på 90 pst. I slike tilfeller er det ikke vanskelig å se at realiteten ved transaksjonen er etablering av virksomhet i et annet medlemsland. EF-domstolen presiserer i sak C-251/98 C, Baars mod Inspecteur der Belastingen Particulieiren/Onderneming Gorinchem, Sml. 2000 s. I-2787, avsnitt 22: at ”En statsborger i en medlemsstat udøver således sin etableringsret, når han er indehaver af en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham en sådan indflydelse på beslutningerne i selskabet, at han kan treffe afgørelse om dets drift.” Dette medfører at dersom investeringen er av slik karakter at det kan sies å være en etablering av virksomhet, fremfor enkle porteføljeinvesteringer, så vil fritaksmetodens grenseoverskridende element potensielt kunne komme i konflikt med etableringsfriheten i EØS art. 31.

³⁴ Zimmer (2003) s. 64

Etter dette må en skille mellom enkle porteføljeinvesteringer, der det er EØS-reglene om den frie kapitalbevegelse som kommer til anvendelse, og de varige driftsinvesteringene, der EØS-rettens regler om fri etablering er aktuelle.

Selv om det kan tenkes at skattemessig behandling av grenseoverskridende kapital kan påvirke eller potensielt komme i konflikt med EØS-reglene, blir spørsmålet om nasjonale skatterettslige normer kan anses som en unødvendig hindring eller restriksjon på den grenseoverskridende flyt av ressurser, og dermed traktatstridig. I de underliggende pkt 3.3 og 3.4 vil restriksjonsbegrepet bli redegjort for, samt unntakene som lovgjør nasjonale hindringer.

3.3 Restriksjonsbegrepet – utgangspunkter

Ved en juridisk tolkning og vurdering av norske rettsreglers innhold og avgrensning er det nødvendig å se regelen i lys av grunnleggende formål og rettslige prinsipper for det aktuelle rettsområdet. Det samme utgangspunkt gjelder for EØS-rettens regler.³⁵ For eksempel vil avtalens hovedformål etter art. 1 (1), og det såkalte lojalitetsprinsippet i art 3 ha betydning ved tolkningen av reglene om de fire friheter. To generelle grunnprinsipper står i denne sammenheng i en særstilling.

Det såkalte ikke-diskrimineringsprinsippet i EØS art. 4 etablerer et forbud mot forskjellsbehandling av personer på grunnlag av nasjonalitet. Dette er et helt grunnleggende element i EØS-rettens oppbygning, og utgjør da også kjernen i regelsettene om de fire frihetene. Prinsippet kommer også til uttrykk i de spesielle forbudsbestemmelsene. For eksempel er EØS art. 40 formulert som en forbudsbestemmelse, som slår fast at det ikke skal "være noen restriksjoner på overføringer av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen". En redegjørelse for innholdet av

³⁵ *EØS-rett* (2004) s. 262

og grensene for denne bestemmelsen følger under i pkt. 3.4, men i denne sammenheng er det nok å stadfeste at bestemmelsen forbyr nasjonale tiltak som forskjellsbehandler personer innenfor EØS på grunn av nasjonalitet. Dersom nasjonale ordninger eller tiltak forskjellsbehandler på grunn av nasjonalitet, er det etter dette en traktatstridig restriksjon.

Men det følger av EF-domstolens rettspraksis,³⁶ at alt fra direkte og åpen forskjellsbehandlingen, der utenlandske og nasjonale personer behandles etter forskjellige kriterier, til den mer indirekte og skjulte forskjellsbehandlingen, der den aktuelle regel rent faktisk påfører personer fra andre EØS-stater større ulempe enn nasjonale, omfattes av diskrimineringsforbudene.³⁷ Avgrensningen av hva som omfattes av forbudsbestemmelsene og dermed utgjør en traktatstridig restriksjon, kan som hovedregel baseres på vurderingen av om den nasjonale ordningen rettslig eller faktisk påvirker den frie bevegelsen av ressurser (uansett hvilke nasjonale rettsregler det dreier seg om).

Men selv etter at EF-domstolen har etablert et relativt vidt anslagsområde for diskrimineringsforbudene, kan de ikke gjelde uten videre presisering eller modifikasjon. I praksis har forskjellsbehandling vært godtatt der visse samfunnsmessige (allmenne) hensyn ligger til grunn for ordningen. En nærmere avgrensning av hvilke allmenne hensyn som kan legitimere en restriksjon vil følge i pkt. 3.4. I denne sammenheng har proporsjonalitetsprinsippet en særlig betydning. I juridisk teori er det uttrykt at prinsippet ”angir normer som styrer når en restriksjon på den frie bevegelse – enten denne diskriminerer eller ikke – kan tillates fordi den er begrunnet i samfunnsmessige (allmenne) hensyn”.³⁸ For at diskrimineringen eller hindringen kan være begrunnet i allmenne hensyn, må det etter EF-domstolens praksis være forholdsmessighet ”mellom den effekt en regel har for det formål den skal tjene, og det inngrep reglen medfører i den frie

³⁶ Se for eksempel Keck-dommen, Sml. 1993 s. I-6097 og konstatering av diskrimineringskonseptet i Gourmet-saken, Sml. 2001 s. I-1765

³⁷ *EØS-rett* (2004) s. 267

³⁸ *EØS-rett* (2004) s. 263

bevegeligheten”.³⁹ I sak C-448/98, straffesak mot Guimont, Sml. 2000 s. I-10663, formulerer EF-domstolen dette proporsjonalitetsprinsippet. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt franske regler, som ikke tillot bruk av villedende vareetiketter, var i strid med importrestriksjonsforbudet i EFT art. 28 (jfr. tilsvarende bestemmelse i EØS art. 11). Domstolen uttrykte at nasjonale regler kan aksepteres dersom ”bestemmelsene står i rimeligt forhold til det mål der forfølges, og hvor dette mål ikke kunne vært nået ved foranstaltninger som i mindre omfang begrenser samhandelen mellom Fællesskabet”. Dette betyr at dersom samfunnsmessige (allmenne) hensyn begrunner hindringen, avgjør proporsjonalitetsprinsippet om hindringen er traktatstridig eller ikke. Den nasjonale regel vil jo beskytte de hensyn som ligger til grunn for dens utforming. Etter proporsjonalitetsprinsippet gir EF-domstolen da anvisning på å vurdere om det beskyttelsesnivå staten legger opp til, kan legitimere hindringen på den frie bevegeligheten. Domstolen legger også prinsippet til grunn ved å gi anvisning på at den løsning som ivaretar hensynene og som i minst mulig utstrekning hindrer den frie bevegeligheten, skal anvendes. Dette vil da bli en vurdering av om statens beskyttelsesmåte er forholdsmessig i forhold til den frie bevegeligheten.

3.4 Nærmere om restriksjonsbegrepet og unntaksreglene

Som nevnt over i pkt 3.2 er forbudsbestemmelsene ved den enkelte frihet, tilknyttet unntaksregler som gir anvisning på hensyn som kan rettferdiggjøre en eventuell restriksjon. EØS art. 33, jfr. art. 31 og 39, legger eksempelvis til grunn at forbudet mot etableringsrestriksjoner ikke skal være til hinder for nasjonale begrensninger som er begrunnet ut fra ”hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen”. EF-domstolen har gjentatte ganger presisert at oppregningen av tillatte hensyn i unntaksbestemmelsene skal anses som uttømmende.⁴⁰ Men i den såkalte Cassis de Dijon-dommen⁴¹ åpnet EF-

³⁹ EØS-rett (2004) s. 269

⁴⁰ Se for eksempel Sml. 1968 s. 432, kommisjonen mot Italia; Sml. 1977 s. 5, Bauhuis; Sml. 1981 s. 251, Kortmann.

⁴¹ Sak 120/78 Rewe-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein

domstolen samtidig for å akseptere hindringer ut fra andre allmenne hensyn enn dem som er nevnt uttrykkelig i traktaten. Dette kan umiddelbart oppfattes som en motsigelse, men EF-domstolen legger til grunn et skille mellom diskriminerende, og ikke-diskriminerende hindringer. I den overnevnte saken legger EF-domstolen til grunn at også ikke-diskriminerende hindringer kan representere en restriksjon etter forbudsbestemmelsene, der nasjonale ordninger rent faktisk tilgodeser innenlandske personer fremfor utenlandske. Samtidig åpner EF-domstolen for at også andre hensyn enn dem som uttrykkelig er oppregnet, kan begrunne slike hindringer der nasjonale og utenlandske enheter behandles etter de samme kriterier. Etter dette kan en trekke følgende slutning. Nasjonale rettsregler som direkte diskriminerer på grunnlag av nasjonalitet, kan kun aksepteres dersom de hensyn som begrunner reglene er omfattet av oppregningen i de avtalefestede unntaksbestemmelsene. Men dersom en hindring formelt sett gjelder uavhengig av nasjonalitet, følger det av EF-domstolens praksis at både uttrykkelig oppregnede hensyn og andre allmenne hensyn kan begrunne restriksjonen. Dette vil gjelde selv der hindringen rent faktisk tilgodeser nasjonal enheter.

I utgangspunktet gjelder resonnementet fra Cassis de Dijon-dommen for fritt varebytte, men EF-domstolen har anvendt samme formel på andre friheter som for eksempel etableringsfriheten i Centros-saken⁴², Sml. 1999 s. I-1459. I forhold til etableringsfriheten er det mest praktiske unntakssettet den domstolsetablerte læren om allmenne hensyn. En rekke hensyn vil være relevante, og i nyere dommer om etableringsretten kan for eksempel beskyttelse av kreditorer⁴³, minoritetsaksjonærer⁴⁴ og arbeidstakere⁴⁵ nevnes. Hensyn fra unntaksbestemmelsen i EØS art 33, som offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, vil også kunne begrunne hindringer som ikke er direkte diskriminerende.

⁴² Sak C-212/97 Centros mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

⁴³ Sak C-208/00 Überseering, premiss 92.

⁴⁴ Sak C-208/00 Überseering, premiss 92.

⁴⁵ Sak C-208/00 Überseering, premiss 92.

Tilsvarende unntak som for eksempel EØS art. 33, er ikke formulert under bestemmelsene som regulerer den frie kapitalbevegeligheten i EØS art. 40 flg. Videre er dette regelsettet supplert av det såkalte kapitalliberaliseringsdirektivet av 1988 (Rdir. 88/361/EØF), jfr. EØS art. 40 annet pkt. som slår fast at avtalens ”vedlegg XII inneholder de bestemmelser som er nødvendige for å gjennomføre denne artikkel”. Henvisningen til vedlegg XII, som inneholder kapitalliberaliseringsdirektivet, ”må forstås slik at direktivet uttømmende regulerer rammen for EØS-statenes forpliktelser til frie kapitalbevegelser.”⁴⁶ Etter direktivets artikkel 4 har den enkelte medlemsstat en adgang til å begrense den frie kapitalbevegelse ved å treffe ”nødvendige tiltak”. Dette representerer i utgangspunktet et langt videre unntak enn under de øvrige frihetene, men grensene for slike nødvendig tiltak er gjenstand for tolkning. Ettersom regelsettet ikke har noen oppregning av unntakshensyn, oppstår spørsmålet om hvordan prinsippet fra *Cassis de Dijon* skal anvendes ved den frie bevegelse av kapital. Etter dette prinsippet er det kun traktatfestede unntaksregler som kan begrunne direkte diskriminering. I kapitalliberaliseringsdirektivets art. 4 er det formulert en noenlunde tilsvarende regel som i EFT art. 58, men art. 4 inneholder derimot ikke EFT artikkelens tilføyelse om at tiltak er ”berettiget av hensyn til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhet”, jfr. art 58 nr. 1 litra b. EF-domstolen har i *Bordessa-saken*⁴⁷, Sml. 1995 s. I-361, lagt til grunn at hensynet til offentlig orden og sikkerhet skal innfortolkes i direktivets art. 4. Etter dette kan en på ulovfestet grunnlag si at direkte diskriminerende tiltak kun kan aksepteres ut fra hensynet til offentlig orden og sikkerhet. Videre kan en legge til grunn at ikke-diskriminerende hindringer vil kunne godtas som følge av andre allmenne hensyn. En slik tolkning har vært lagt til grunn i EF-domstolens rettspraksis blant annet i *Veronica-saken*⁴⁸, Sml. 1993 s. I-487. I denne saken aksepterte EF-domstolen kulturhensyn som grunnlag for å tillate et forbud i nederlandsk rett mot at landets kringkastingsforetak investerte i kringkastingsforetak av kommersiell karakter.

⁴⁶ NOU 2004:26

⁴⁷ Forente saker C-358/93 og C-416/93, straffesaker mot Bordessa m. fl.

⁴⁸ Sak C-148/91 Vereniging Veronica Omroep Organisatie mot Commissariaat voor de Media

På bakgrunn av EF-domstolens praksis er det lite hensiktsmessig å positivt oppregne alle de hensyn som kan begrunne hindringer på den frie bevegeligheten av kapital eller i etableringsretten. Derfor er det lettere å etablere en negativ avgrensning av de hensyn som ikke godtas. Gjentatte ganger har EF-domstolen presisert og understreket at de traktatfestede unntaksbestemmelsene kun omfatter hensyn som er av ikke-økonomisk art.⁴⁹ Begrunnelsen for å utelukke økonomiske hensyn er åpenbar. Det strider mot EUs målsetninger om et integrert indre marked å la medlemslandene kunne avskjære hensynet til den frie bevegeligheten av ressurser til fordel for egne økonomiske interesser. Den tilsvarende forutsetning gjelder selvsagt for EØS. Økonomiske hensyn vil da enten gå ut på å favorisere nasjonalt næringsliv i konkurranse med næringslivet i andre EØS-land, eller spare det offentlige for utgifter eller økte dets inntekter. En annen gruppe hensyn som EF-domstolen har uttrykt sin skepsis overfor er forvaltningsmessige hensyn.⁵⁰ Dette vil for eksempel være tilfellet der hensynet bak den nasjonale ordningen er å kutte ned på den offentlige forvaltnings arbeidsbyrde. Slike hensyn vil ofte henge sammen med nasjonale prioriteringer ved tildeling av økonomiske midler til forvaltningen. Det er ikke klart om de to overnevnte hensyn er absolutt "forbudte hensyn" eller om slike hensyn skal være gjenstand for en særlig streng proporsjonalitetsvurdering.⁵¹ Uansett er det nærliggende å tro at alle samfunnsmessige hensyn, med unntak av økonomiske og forvaltningsmessige, i utgangspunktet kan godtas som legitime "allmenne hensyn".

⁴⁹ Se allerede ECR 1961 s. 635, kommisjonen mot Italia. Jfr. også Sml. 1985 s. 1761, kommisjonen mot Irland og Sml. 1995 s. I-563, Evans Medical.

⁵⁰ EØS-rett (2004) s. 317

⁵¹ EØS-rett (2004) s. 318

4 Nærmere om fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde sett i sammenheng med EØS-avtalen

Som sagt er det en grunnleggende forutsetning ved fritaksmetodens grenseoverskridende virke at reglene ikke kommer i konflikt med de forpliktelser Norge er pålagt etter EØS-avtalen. En følge av dette bærende hensyn er at fritaksmetoden skal ha tilsvarende anslag overfor kvalifiserte selskaper hjemmehørende i utland innenfor EØS, som overfor kvalifiserende selskaper hjemmehørende i Norge.

Problemstillingen i det følgende blir da først og fremst å undersøke om grensene for fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde er representert ved krav til det kvalifiserende utenlandske selskapet mv. hjemmehørende i utland innen EØS som objekt. Deretter må innholdet av eventuelle krav redegjøres for og vurderes i forhold til EØS-avtalens grunnleggende friheter.

I pkt. 4.1 vil jeg redegjøre for innholdet i begrepet ”hjemmehørende”, og da spesielt i forhold til utland innenfor EØS. I pkt. 4.2 vil jeg undersøke hvorvidt fritaksmetodens virkeområde er begrenset innenfor EØS-området i forhold til portefølje- eller direkteinvesteringer. Dernest vil jeg i pkt. 4.3 redegjøre for hvorvidt skattenivået i et utland kan være avgjørende i forhold til fritaksmetoden og den kvalifiserende inntekt. Til sist vil jeg i pkt. 4.4 drøfte om formuleringen ”tilsvarende utenlandsk selskap mv.” i sktl § 2-38 (2), inneholder videre krav til det utenlandske selskap som objekt under fritaksmetoden enn det som fremgår av lovtekst og metodens bakenforliggende hensyn.

4.1 Begrepet "hjemmehørende"

Problemstillingen i denne sammenheng er å avdekke innholdet i begrepet "hjemmehørende" og avgjøre om det kan omfatte begrensninger ved fritaksmetoden i forhold til utenlandske selskaper mv. hjemmehørende innenfor EØS som objekt.

Det er nærliggende å tro at hjemmehørende begrepet kan ha ulikt innhold fra land til land. Norsk retts vilkår som selskaper hjemmehørende i Norge må oppfylle, vil ikke nødvendigvis tilsvare de vilkår som et annet land legger til grunn for selskapers tilhørighet. Videre er det heller ikke vanskelig å tenke seg at begrepets innhold varierer i forhold til hvilket rettsområde som gjelder for det aktuelle tilfellet. For eksempel kan det tenkes at vilkår for skattemessig tilhørighet ikke nødvendigvis tilsvare de vilkår som er lagt til grunn for en persons statsborgerskap. I juridisk teori er det formulert følgende veiledning ved vurderingen av begrepet "hjemmehørende" i forhold til sktl § 10-60: "Om et selskap skal anses hjemmehørende i et lavskatteland etter NOKUS-reglene, må vurderes på bakgrunn av formålet med reglene".⁵² Med utgangspunkt i et tilsvarende argument, konstaterte Finansdepartementet i Utv. 1996 s. 1159, at begrepet "hjemmehørende" i sktl § 10-60, ikke har tilsvarende innhold og betydning som "hjemmehørende" i sktl § 2-2. Dette indikerer at det er forskjellige momenter som ligger til grunn for vurderingen om et selskap er å anse som hjemmehørende i Norge, og for vurderingen om et selskap er å anse som hjemmehørende i et lavskatteland. Det er da også nærliggende å tro at vurderingen om et selskap er å anse som hjemmehørende i et EØS-land, vil resultere i nok et alternativt innhold av begrepet, på grunn av at de formål som må legges til grunn for vurderingen også er forskjellige. Ved vurderingen av "hjemmehørende" i forbindelse med fritaksmetodens generelle virkeområde innenfor EØS, vil derfor hensynet til norske rettsreglers samsvar og harmoni med EØS-avtalen, representere et grunnleggende formål og utgangspunkt.

⁵² *Bedrift, selskap og skatt* (2006) s. 444

Etter dette vil vurderingen om et selskap er skattemessig hjemmehørende i et EØS-land, følge en tilsvarende tolkningsprosess som vurderingen av om et selskap er hjemmehørende i Norge.

Spørsmålet blir da hva som inngår i vurderingen om et selskap er skattemessig hjemmehørende i Norge.

Det mest naturlige utgangspunkt for å avgjøre spørsmålet om en juridisk person er skattemessig hjemmehørende i Norge, er relevante norske rettskilder.

Sktl § 2-2 slår fast at selskaper mv. er skattepliktig ”såfremt de er hjemmehørende i riket”. Hva som ligger i begrepet ”hjemmehørende” i denne bestemmelsen, fremgår ikke av lovteksten.

I Ot.prp. nr 86 (1997-98) side 33 uttrykkes følgende som kommentar til sktl § 2-2. ”Det antas å være en utbredt rettsoppfatning at det ved vurderingen av om et [selskap] skal anses hjemmehørende i Norge, skal tas utgangspunkt i selskapets reelle tilknytningsforhold til Norge. I grensetilfellene legges det avgjørende vekt på om selskapets virkelige ledelse, det vil si ledelse på styrenivå, finner sted i Norge.”

I denne sammenheng kan det vises til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2002 s. 1144 (straffesak). Dommen gjaldt selskaper stiftet i Panama og på Kypros, men var ledet fra Norge. Tiltalte ble idømt straffeansvar for ikke å ha innlevert selvangivelse for selskapene. Retten måtte prejudisielt ta stilling til om selskapene var skattepliktig til Norge. Førstvoterende uttalte at ”et utenlandsk selskap må anses skattemessig hjemmehørende i Norge dersom selskapet reelt sett må anses ledet fra Norge”.

I juridisk teori er det også lagt til grunn tilsvarende materielle kriterier ved vurderingen av juridiske personers skattemessig tilhørighet.⁵³

Etter dette er det av mindre betydning for den skattemessige tilhørighet hvor selskapet er registrert, og om det oppfyller andre lignende formelle krav. Avgjørende for å kunne anse et selskap for skattemessig hjemmehørende i Norge er om det etter en konkret vurdering oppfyller relevante materielle vilkår slik de fremgår av norske rettskilder.

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at utgangpunktet for vurderingen av om en juridisk person er hjemmehørende i et utland innenfor EØS, er det aktuelle EØS-lands interne rett.

Men problemet tilspisses dersom et selskap er å anse som hjemmehørende i to eller flere land etter disse lands interne rett. I slike tilfeller søker gjerne skatteavtaler å avgjøre den skattemessige tilhørigheten. Hovedregelen i slike tilfeller er slått fast i art. 4, i Nordisk skatteavtale (NSA)⁵⁴, i Mønsteravtalen⁵⁵ og i FNavtalen^{56, 57}. Etter denne regel er en person (fysisk eller juridisk) hjemmehørende i en stat dersom han ”i henhold til lovgivning i denne stat er skattepliktig der på grunnlag av domisil, bosted, sete for foretagendets ledelse, eller ethvert annet lignende kriterium”, jfr. NSA og Mønsteravtalen art. 4. Videre i art. 4 presiseres det at regelen ikke kommer til anvendelse i tilfeller der personen kun er underlagt begrenset skatteplikt i det aktuelle land, Jfr. 1. ledd litra a).

Etter dette kommer skatteavtalen kun til anvendelse dersom en person er alminnelig skattepliktig til to (eller flere) stater etter statenes intern rett. Men dersom personen anses

⁵³ Se for eksempel Zimmer (2003) s. 124.

⁵⁴ Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue, av 23. september 1996 (Den nordiske skatteavtale)

⁵⁵ Model Tax Convention on Income and on Capital. Paris, oppdatert senest 2003.

⁵⁶ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. Part One. New York 2001.

⁵⁷ Zimmer (2003) s. 126

for hjemmehørende og følgelig underlagt alminnelig skatteplikt i to kontraherende stater, oppstilles det videre i art. 4 nærmere vilkår for skattemessig tilhørighet i skatteavtalens betydning. Uten å gå videre inn på de forskjellige tolkningsmomenter skatteavtalen oppstiller, er det her tilstrekkelig å slå fast at skatteavtalene kan løse eventuelle konflikter vedrørende spørsmål om beskatningsrett.

I denne sammenheng er det viktig å skille mellom internrett som i første omgang regulerer den skattemessige tilhørigheten og derav pålegger (alminnelig) skatteplikt, og skatteavtalene som løser konflikter mellom de land som gjør krav på beskatningsretten. Skatteavtalene avgjør således ikke hva som inngår i begrepet hjemmehørende etter intern rettslige forhold, men avklarer kun konfliktilfeller.

Vurderingen av om en juridisk person er hjemmehørende i Norge, vil etter dette først og fremst avhenge av norsk intern rett. Men skatteavtaler som gjelder for Norge vil ved konflikt med andre kontraherende parter om beskatningsretten, kunne avgjøre den skattemessige tilhørigheten for det enkelt tilfelle.

Etter dette kan følgende problem tenkes. Et selskap er å anse som hjemmehørende i et utland innenfor EØS etter dette lands interne rett. Men selskapet er også ansett å være hjemmehørende i et utland utenfor EØS etter dette lands interne rett. En eventuell skatteavtale mellom de to utland vil da kunne avgjøre hvilket land som har beskatningsretten. Men dersom en norsk investor har plassert kapital i det utenlandske selskapet, oppstår spørsmålet om fritaksmetodens virke vil være avhengig av om skatteavtalen slår fast at selskapet er hjemmehørende i utlandet innenfor EØS, eller i utlandet utenfor EØS.

Uansett hvilken løsning en eventuell skatteavtale gir anvisning på, vil jo selskapet etter den interne rett være skattemessig hjemmehørende i utlandet innenfor EØS. Ellers ville det ikke vært noen konflikt og heller ikke behov for regulering hjemlet i en skatteavtale.

Dersom skatteavtalen i dette tilfellet slår fast at selskapet er skattemessig hjemmehørende i utlandet utenfor EØS, og dette er bestemmende i forhold til fritaksmetodens anvendelse ved at selskapet ikke er omfattet som objekt. Så vil realiteten være at en skatteavtale, som Norge kanskje ikke er kontraherende part i, begrenser fritaksmetoden og hindrer norske investorer i å plassere kapital i selskaper som i utgangspunktet er hjemmehørende i utland innenfor EØS. Er dette tilfellet vil regelverket kunne fremstå som noe uoversiktlig og tilfeldig. Løsningen på problemet fremstår ikke som åpenbar. I tolkningsuttalelse av 10. mai 2005,⁵⁸ under overskriften ”begrepet ’hjemmehørende’ i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d”, legger FIN følgende konklusjon til grunn:

”Dersom selskapet ikke skulle bli underlagt alminnelig beskatning i EØS-landet, for eksempel som følge av skatteavtaler mellom de involverte land, kan imidlertid dette innebære at selskapet likevel ikke skal anses hjemmehørende i EØS-landet i forhold til fritaksmetoden”.

Dette innebærer at skatteavtaler mellom utland innenfor EØS og utland utenfor EØS, kan avgjøre om fritaksmetoden skal komme til anvendelse på norske investeringer i det aktuelle EØS-land.

I tolkningsuttalelse av 25. september 2007, som gjelder ”utenlandske aksjefond og fritaksmetoden”, legger FIN til grunn at ”selskaper mv. (norske og utenlandske) som skal være omfattet av fritaksmetoden, ikke bare må være skattemessig hjemmehørende i medhold av hjemlandets interne rett, men også være bosatt der i henhold til en eventuell skatteavtale mellom dette landet og Norge”. Det er vanskelig å se hva FIN baserer dette resonnementet på. Det fremgår verken av lovtekst eller forarbeider at fritaksmetodens virke er avhengig av at det foreligger en skatteavtale mellom Norge og det aktuelle EØS-land.⁵⁹ FIN viser i denne sammenheng til egen uttalelse av 10. mai 2005, noe som kan indikere at uttalelsen bygger på en misforståelse av egen tidligere tolkning. Videre legger FIN EUs

⁵⁸ Utv. 2006 s. 485

⁵⁹ Jfr. pkt 4.4 under

mor-datterselskapsdirektiv⁶⁰ til grunn for sin tolkning, noe som ikke kan sies å være korrekt, jfr. pkt. 4.4.4.3 under. Finansdepartementets tolkningsuttalelse av 25. september 2007 er gjenstand for drøftelsen i punkt 4.4.4 under.

På bakgrunn av dette er jeg kommet til at det utenlandske selskap mv. må være skattemessig hjemmehørende i utland innen EØS etter dette lands interne rett og eventuelle skatteavtaler for å omfattes av fritaksmetoden som objekt.

4.2 Begrensninger ved porteføljeinvesteringer

Fritaksmetodens bærende hensyn om å unngå kjedebeskatning tilsier at det som hovedregel ikke bør skilles mellom porteføljeinvesteringer og direkteinvesteringer som grunnlag for den kvalifiserende inntekt. Inntekt på eierandel, uansett størrelsesforhold, vil normalt gjenspeile en virksomhetsinntekt som allerede er beskattet ved det underliggende selskap. Investerings avkastning bør derfor ikke underlegges ytterligere beskatning på mottagers hånd, men anses kvalifiserende under fritaksmetoden. Dette resonnementet legger også Finansdepartementet til grunn ved sitt lovforslag, og sier ”at fritaksmetoden som hovedregel også skal omfatte inntekt på porteføljeinvesteringer, og at tilsvarende tap ikke skal være fradragsberettiget.”⁶¹ Men FIN legger også vekt på at kjedebeskatningshensynet står ”sterkest i forhold til inntekt på direkteinvesteringer der eierselskapet kan utøve en viss innflytelse på det underliggende selskapet, men [at hensynet også] gjør seg (...) gjeldende for inntekt på porteføljeinvesteringer”.⁶²

Det følger videre av hensynet til å unngå kjedebeskatning at fritaksmetoden ikke kan gjelde generelt ved utenlandske selskaper som er gjenstand for vesentlig lavere effektiv beskatning enn det som gjelder i Norge.⁶³ Denne begrensningen i fritaksmetodens

⁶⁰ 90/435/EEC

⁶¹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.2

⁶² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

⁶³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.1

virkeområde gjør det nødvendig å vurdere det aktuelle lands skattenivå for å avgjøre om investeringens avkastning kan anses kvalifiserende. Dette vil fordre informasjon om gjeldende skatteregler i utlandet. Selskaper med investeringer hvis formål ikke er å utøve et aktivt eierskap, vil som regel ha begrensede muligheter til å dokumentere at de krav til selskapsbeskatning og skattenivå som det underliggende utenlandske selskapet er gjenstand for er oppfylt.⁶⁴ Ligningsmyndighetene på sin side bør kunne ha mulighet til å føre kontroll med utenlandske porteføljeinvesteringer og om disse er knyttet til selskaper hjemmehørende i lavskatteland eller ikke. Å oppnå et slikt tilfredsstillende og sikkert kontrollsystem, kan innebære en betydelig merbelastning i arbeidsmengde. På bakgrunn av dette foreslo Finansdepartementet ved utformingen av regelverket at ”utbytte og gevinst på porteføljeinvesteringer utenfor EØS skal unntas fra fritaksmetoden, uten hensyn til om det underliggende selskapet er hjemmehørende i lavskatteland eller ikke”.⁶⁵ Til grunn for den sontring som dette forslaget gjør ved porteføljeinvesteringer innenfor og utenfor EØS-området, ligger hensynet til samsvar med EØS-avtalens regler om fri flyt av ressurser. Derfor legger departementet avgjørende vekt på at det vanskelig kan forsvares ”i forhold til EØS-avtalen om inntekt på porteføljeinvesteringer i andre EØS-land beskattes, mens det innrømmes skattefritak for inntekt på norske porteføljeinvesteringer.”⁶⁶ Regleverket er derfor ikke i konflikt med EØS-avtalen.

Fritaksmetoden gjelder derfor ubegrenset med hensyn til porteføljeinvesteringer i land innenfor EØS. På den annen side er begrensninger i forhold til porteføljeinvesteringer i land utenfor EØS slått fast i sktl § 2-38 (3) litra b) til d).

4.3 Avgrensning mot selskaper hjemmehørende i lavskatteland

Sktl § 2-38 (3) slår fast begrensningene ved fritaksmetodens virkeområde. Tredje ledd litra a) slår fast at ”inntekt og tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i

⁶⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

⁶⁵ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

⁶⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.5

lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63”, ikke er omfattet av fritaksmetoden som kvalifiserende inntekt. Med uttrykket ”lavskatteland” i sktl § 10-63, menes ”land hvor den alminnelige inntektsskatt på selskapets eller innretningens samlede overskudd utgjør mindre enn to tredjedeler av den skatten selskapet eller innretningen ville ha blitt ilignet dersom det/den hadde vært hjemmehørende i Norge”.

Videre slår bestemmelsen fast at ”inntekt på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS”, ikke anses som kvalifiserende inntekt med mindre selskapet mv. ”er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land”.

Spørsmålet blir således å redegjøre for rekkevidden av dette kravet i forhold til EØS-avtalens regelverk.

Dette unntaket fra fritaksmetodens hovedregel er begrunnet i to kryssende hensyn. Først og fremst tar lovgiver hensyn til å forhindre uønskede tilpasninger i forhold til skattereglene. I Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt. 6.5.4.1 forutsetter Finansdepartementet at en ubegrenset og ”generell anvendelse av fritaksmetoden på inngående aksjeinntekter vil gi økte incentiver til å flytte virksomhet fra Norge til selskaper hjemmehørende i lavskatteland, samt til å foreta arbitrasjeforretninger med selskaper hjemmehørende i slike land”. Dette innebærer at fritaksmetodens hovedregler må presiseres slik at Norge ikke mister skattefundamenter ved utflytning av næringsvirksomhet og ikke blir oversett som et interessant land for plassering av kapital og etablering av næringsvirksomhet.⁶⁷

Videre i proposisjonens pkt. 6.5.4.3, legger FIN til grunn at fritaksmetoden må begrenses ”slik at det ikke kommer til anvendelse for utbytte og gevinst på investering i utenlandsk selskap som beskattes lavt”. Dette innebærer at fritaksmetoden kun kommer til anvendelse på kapitalavkastninger ved oppfyllelsen av et minstekrav til den underliggende selskapsbeskatning.⁶⁸

⁶⁷ St. meld. nr. 29 (2003-2004) pkt. 10.4.3.3

⁶⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.3

Dette er begrunnelser for regelen slik den fremstår i forhold til selskaper mv. hjemmehørende i lavskatteland generelt. Men reglene må ha som målsetning å likestille investeringer i EØS og investeringer i Norge. Dette legger også FIN avgjørende vekt på ved utformingen av unntaket. "Ved den nærmere vurdering av hvordan fritaksmetoden kan begrenses i internasjonale forhold, må det tas i betraktning at skattereglene ikke kan stride mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen."⁶⁹ Dersom fritaksmetoden gis uavkortet virkning for selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS på grunn av det bakenforliggende hensynet til EØS-avtalens friheter, vil reglene åpne for skatteomgåelse og uønskede tilpasninger.

Det er først og fremst EØS-avtalens artikkel 31 om etableringsfrihet, og artikkel 40 om fri flyt av kapital som representerer forbud mot eventuelle diskriminerende eller restriksjons etablerende skatteregler, jfr. kapittel 3 over. Det grunnleggende utgangspunkt etter disse reglene innebærer at norske skattenormer ikke kan forskjellsbehandle eller vanskeliggjøre norske selskapers investeringer i utlandet, i forhold til investeringer i Norge. Men på grunn av at skattepolitikk ikke direkte er omfattet av EØS-avtalens virkeområde, vil spørsmålet om hva disse EØS-reglene konkret innebærer overfor en bestemt norsk skatteregel, ofte fremstå som uklar dersom EF- eller EFTA-domstolen ikke ennå har vurdert den aktuelle skatteregel.⁷⁰ Det har vært usikkert om fritaksmetoden kan begrenses ved selskaper mv. hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, uten å komme i konflikt med EØS-avtalen. I denne sammenheng kan det vises til EF-domstolens dom i Cadbury Schweppes-saken⁷¹. Saken gjaldt et britisk selskap med en kontrollerende eierandel i to datterselskaper hjemmehørende i Irland. Etter Storbritannias skatteregler skal et selskap som kontrollerer minst 25 % av et selskap hjemmehørende i et lavskatteland, beskattes løpende for sin andel

⁶⁹ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.1.

⁷⁰ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.3

⁷¹ Sak C-196/04 Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue.

i det utenlandske selskapets overskudd.⁷² Det rettslige spørsmålet i saken var om de britiske skatteregler innebar en forskjellsbehandling etter EØS-reglene om fri etablering. EF-domstolen kom til at de aktuelle skattereglene representerte en forskjellsbehandling av den grunn at de gir en gunstigere beskatning av de morselskaper som etablerer datterselskaper i hjemmehørende i Storbritannia, og av de morselskaper som etablerer datterselskaper hjemmehørende i andre EØS-stater med forholdsvis høyt beskatningsnivå, enn av de morselskaper som etablerer datterselskaper hjemmehørende i annen EØS-stat med forholdsvis lavt skattenivå. Forskjellsbehandlingen bestod i at morselskaper i den førstnevnte gruppen av tilfeller ikke var underlagt en løpende beskatning av datterselskapets overskudd, mens tilfeller i den sistnevnte gruppen var underlagt slik beskatning. EF-domstolen konkluderte derfor med at det britiske regelsettet potensielt kunne ”hindre utøvelsen av etableringsretten og avholde britiske selskaper fra å etablere, erverve eller opprettholde datterselskap i lavskatteland. Reglene innebar derfor en restriksjon som i prinsippet var i strid med reglene om etableringsretten”.⁷³ På bakgrunn av den domstolsbaserte læren om allmenne hensyn, jfr. over i pkt. 3.4, var det videre nødvendig for EF-domstolen i denne sak å vurdere om restriksjonen likevel kunne opprettholdes med grunnlag i relevante allmenne hensyn. Det aktuelle hensyn som domstolen fremviser utspringer fra de tilfeller der ”fullstendig kunstige arrangementer med formål å omgå den nasjonale lovgivning”⁷⁴ gjør det nødvendig å begrense rekkevidden av etableringsfriheten. Ved vurderingen om hva som kan kvalifiserer som en tillatt restriksjon, la domstolen avgjørende vekt på formålet med etableringsretten som avtalerettslig grunnlag for en person i et EU-land å virke over tid i det økonomiske næringsliv i et annet medlemsland. På bakgrunn av dette formål konkluderer domstolen med at et ”datterselskap må være reelt etablert i vertsstaten og utøve reell økonomisk aktivitet der, for at det skal foreligge en etablering som er beskyttet av reglene om etableringsretten”.⁷⁵ Betydningen av denne saken i forhold til fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde representerer

⁷² Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3.

⁷³ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3

⁷⁴ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3

⁷⁵ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.3

på tilsvarende måte en innskrenkning av EØS-avtalens regler om etableringsfrihet, og at regleverket nå kan skjerpes ved vilkår om reell økonomisk virksomhet og reell etablering i EØS-landet.

I Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2 foreslår FIN at: ”for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse på kvalifiserende inntekter til/fra selskaper innenfor EØS, så må kriteriene (...) [reell etablering og reell økonomisk aktivitet] gjelde tilsvarende. Det vil si at det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv.” I denne sammenheng gir FIN anvisning på en konkret vurdering og opplister en rekke momenter både i forhold til selskapets etablering og dets økonomiske aktivitet. ”Relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelig kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets beslutninger, samt treffe relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet.”⁷⁶

Det kan stilles spørsmål til om disse momentene er i samsvar med EØS-avtalen eller om de er for restriktive og strenge. For eksempel kan et verdipapirfond hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, tenkes å ikke oppfylle kravene til ”fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der”. Det er slått fast ved regulering i en rekke land at verdipapirfond ikke kan ha egne ansatte, men drives av et såkalt forvaltningsselskap, jfr. eksempelvis norsk lovgivning ved lov om verdipapirfond §§ 1-2 første ledd nr. 2 og 2-1 første ledd. Dette vil kunne få den konsekvens at verdipapirfondet, på grunn av foretakets lovpålagte organisering, ikke anses som kvalifiserende under fritaksmetoden.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

Det er etter dette klart at vilkårene for etablering og økonomisk aktivitet ikke kan gå lengre enn det som følger av EF-domstolens avgjørelse. Dersom nasjonale regler innskrenker etableringsfriheten ytterligere, vil dette være i konflikt med EØS-avtalen.

4.4 Begrepet "tilsvarende utenlandsk selskap mv."

I Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.2.1 (i), formulerer departementet sitt lovforslag angående fritaksmetodens grenseoverskridende virkeområde. Fritaksmetoden skal som hovedregel "gjelde grenseoverskridende inntekter. Det foreslås derfor at utenlandsk subjekt i utgangspunktet skal omfattes av fritaksmetoden, dersom tilsvarende norsk subjekt er omfattet. (...) Videre foreslås det at avkastning på eierandel i utenlandsk selskap mv. skal kunne kvalifisere under fritaksmetoden, dersom inntekt på eierandel i tilsvarende norsk selskap mv. omfattes." Dette forslag er nå kodifisert i sktl § 2-38 (1) litra k) hva gjelder utenlandske selskaper som subjekt, og sktl § 2-38 (2) litra a) og b) hva gjelder utenlandske selskaper som objekt.

Problemstillingen i denne sammenheng er betydningen og omfanget av formuleringen "tilsvarende utenlandsk selskap mv.", jfr. sktl § 2-38 (2). For det første blir spørsmålet om formuleringen representerer ytterligere krav eller begrensninger ved fritaksmetodens virke overfor selskaper mv. hjemmehørende innenfor EØS-området som objekt, enn det som følger av de overstående redegjørelser. Under den forutsetning at slike krav etableres, må det videre redegjøres for innhold og rettmessighet i forhold til regelsettes øvrige bestemmelser og EØS-avtalen.

4.4.1 Ordlyden i sktl § 2-38 (2)

Etter sktl § 2-38 (2) litra a) er avkastning på "eierandel i selskap mv. som nevnt i første ledd a til c eller tilsvarende utenlandsk selskap mv." omfattet av fritaksmetoden som kvalifiserende inntekt. Etter sktl § 2-38 (2) litra b) er avkastning på "eierandeler i selskap som nevnt i § 10-40 første ledd eller tilsvarende utenlandsk selskap" omfattet av fritaksmetoden.

En naturlig forståelse av formuleringen tilsier at avkastning på eierandel i utenlandsk selskap mv. skal omfattes av fritaksmetoden som objekt dersom avkastning på eierandel i tilsvarende norsk selskap mv. anses kvalifiserende. Men loven gir ikke noen nærmere anvisning på hvilke bakenforliggende kriterier som kvalifiserer det utenlandske selskap som ”tilsvarende” og dermed som objekt under fritaksmetoden. For å komme noe nærmere grensene for hva som kvalifiserer det utenlandske selskapet, er det derfor nærliggende å ta utgangspunkt i hva som kvalifiserer et norsk selskap som objekt under fritaksmetoden. Loven er i dette henseende begrenset til en oppregning av ulike foretaksformer som norske selskaper må virke under for å være omfattet som objekt, jfr. pkt 2.2.2 over. Det vil da være naturlig å ta utgangspunkt i de definerende elementer som den enkelte selskapsform må være underlagt for å være omfattet av oppregningen i bestemmelsen. For eksempel er et foretak som er organisert og drevet som aksjeselskap omfattet av fritaksmetoden, jfr. sktl § 2-38 (1) litra a sammenholdt med sktl § 2-2 (1) litra a. I lov om aksjeselskaper § 1-1 (2), defineres et aksjeselskap som ”ethvert selskap hvor ikke noen av deltagerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, utdelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser”. En kan da etablere følgende argument. Dersom et norsk foretak er å anse som et aksjeselskap etter denne legaldefinisjon, vil det være kvalifisert og omfattet av fritaksmetoden som objekt. I forhold til et aktuelt utenlandsk selskap og kravet om å tilsvare det norske kvalifiserte selskap, er det nærliggende å tro at dersom et utenlandsk selskap ville vært omfattet av den norsk aksjelovgivningen om det hadde vært hjemmehørende i Norge, kan det som utgangspunkt anses å oppfylle ”tilsvarende” vilkåret.

Lovtekstens taushet i forhold til det rettslige innholdet av ”tilsvarende” vilkåret, har den følge at rettsanvender må være forsiktig med å legge for mye vekt på tolkning kun av lovens ordlyd, og å være tilbakeholden med å konkludere uten å se hen til øvrige rettskilder og bakenforliggende hensyn.⁷⁷ En kan derfor ikke slå fast at et utenlandsk selskap er omfattet bare fordi dets foretaksform faller inn under norsk legaldefinisjon av en

⁷⁷ Eckhoff (2001) s. 26 og 27

foretaksform som er oppregnet i sktl. § 2-38. Men en kan legge til grunn at tolkningen av ordlyden peker i retning av at det utenlandske selskap i viss utstrekning ”tilsvarer” dersom det defineres av tilsvarende premisser som et kvalifisert norsk selskap.

4.4.2 Forarbeidene til sktl § 2-38

I Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt 6.5.2.1 (iv) ”*Selskaper mv. som er hjemmehørende i utlandet*”, gir Finansdepartementet anvisning på en konkret vurdering av hvorvidt ”en utenlandsk person skal anses å tilsvare et norsk selskap mv. som omfattes av fritaksmetoden som subjekt eller investeringsobjekt”. Ved at vurderingen skal gjøres konkret betyr at hvert enkelt tilfelle skal vurderes isolert og i forhold til de særlige hensyn og momenter som er relevante for det aktuelle tilfellet. Ved tolkningen av lovens formulering må en derfor være forsiktig med å innfortolke og etablere generelle krav til det utenlandske selskapet, og heller søke å belyse og ta høyde for de bakenforliggende hensyn som skal ivaretas av fritaksmetodens regelsett i forhold til det konkrete tilfellet.

Finansdepartementet gir videre anvisning på en todelt vurdering av om det utenlandske selskapet er å anse som tilsvarende under fritaksmetoden. Utgangspunktet for vurderingen er den formelle lovreguleringen det utenlandske selskapet er underlagt i sitt hjemland, sett opp mot norsk lovgivning som et sammenlignbart kvalifisert norsk selskap er underlagt. I denne sammenheng må det skilles mellom de regler som regulerer selskapsformen og de regler som regulerer selskapet som juridisk person. Sistnevnte, som er regler som etablerer selskapets rettigheter og plikter, er ikke en del av sammenligningsgrunnlaget. Dette fremgår av Finansdepartementets bruk av ordet ”selskapsform” og av sammenhengen for øvrig. Dersom all formell lovgivning som en utenlandsk juridisk person er underlagt skal være gjenstand for sammenligning vil det for det første være meget mange rettsregler å vurdere. Det vil også være vanskelig å avgjøre hva som kan anses som relevante forskjeller og likheter i en slik sammenheng. Ved kun å sammenligne selskapsrettslig lovgivning, og da spesielt de regler som definerer og er avgjørende for den aktuelle selskapsformen, vil en kunne begrense antall vurderingsmomenter ved sammenligningen og gi en mer presis

avgrensning av variabler som kan være av interesse i forhold til å anse selskapet som ”tilsvarende” under fritaksmetoden.

Det er klart at den utenlandske selskapsform normalt sett ikke vil være underlagt identiske regler som norske enheter. For å avhjelpe dette legger Finansdepartementet avgjørende vekt på at ”såfremt lovgivningen i utlandet ikke på sentrale punkter gir anvisning på andre løsninger enn det som gjelder for den norske selskapsformen som det sammenlignes med”, er ulik lovgivning ”ikke til hinder for at [det utenlandske selskap] skal kunne anses som tilsvarende under fritaksmetoden”.⁷⁸ Formuleringen aksepterer således en viss nærhet i lovgivningen uten å kreve absolutt likhet. På den annen side oppstilles et krav om at likheten må minst dekke ”sentrale punkter”⁷⁹ i lovgivningen. Dette er fremdeles ikke et krav om identiske regler, men et krav om likhet ved de løsninger reglene gir anvisning på. Spørsmålet blir da å avgjøre hvor grensens for uttrykket ”sentrale punkter” går. Det er naturlig å ta utgangspunkt i den lovgivning som er under sammenligning i det konkrete tilfellet og finne frem til rettsområdets sentrale punkter.

For eksempel er den såkalte ansvarsbegrensningen en sentral side ved definisjonen av et norsk aksjeselskap som foretaksform. Dette vil si at aksjonærene ”hefter ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser [og de] plikter [heller] ikke å gjøre innskudd i selskapet (...) i større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen”, jfr. lov om aksjeselskaper § 1-2 (1) og (2). Dette innebærer for eksempel at aksjeselskapets skatteforpliktelser bæres av selskapet som egen juridisk person. Følgende argument kan da tenkes. Dersom den utenlandske selskapsformen ikke defineres av slike sentrale premisser som ansvarsbegrensningen ved norsk aksjelov, er det mulig at den heller ikke kan sies å være tilstrekkelig lik et aksjeselskap slik selskapsformen er definert etter norsk rett. I denne sammenheng kan det vises til Utv. 2008 s. 281 pkt. 2.3.8 hvor Ligningsnemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter anså et tysk kommandittselskap for omfattet av fritaksmetoden som objekt. Spørsmålet i saken, som skriver seg fra innektivsåret 2005, var

⁷⁸ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt 6.5.2.1 (iv)

⁷⁹ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt 6.5.2.1 (iv)

hvorvidt et norsk aksjeselskap som andelseier i selskapet var berettiget til tapsfradrag ved realisasjon av eierandelen. På dette tidspunkt var ikke eierandeler i deltagerlignede selskaper omfattet av fritaksmetoden, jfr. sktl § 2-38 (2) litra b). Ligningsnemnda kom frem til at selskapet, etter norske regler, ikke kunne klassifiseres som et deltagerlignet selskap på bakgrunn av at komplementaren ikke hadde eierandeler og heller ikke rett til avkastning fra selskapet. Ligningsnemnda måtte deretter vurdere om det tyske selskapet kunne anses å tilsvare et norsk aksjeselskap. Som avgjørende moment i vurderingen var det faktum at det tyske kommandittselskapet virket under de betingelser som ansvarsbegrensningen ved norske aksjeselskaper representerer. Til tross for at selskapet etter tysk rett ikke var å anse som eget skattesubjekt, ville et tilsvarende norsk selskap bli pålagt skatteplikt som et selvstendig skattesubjekt. Ligningsnemnda la derfor til grunn at det tyske selskapet ”på vesentlige punkter var lovmessig regulert tilsvarende et norsk aksjeselskap”, og konkluderte derfor med at selskapet var omfattet som objekt under fritaksmetoden, og tap på eierandel vil ikke være fradragsberettiget.

Ved siden av prinsippet om ansvarsbegrensning, er det i norsk aksjeselskapsrett en betingelse om bundet egenkapital, jfr. asl/asal § 3-1 flg. Dette innebærer en restriksjon på disponeringen av den del av selskapets egenkapital som utgjør aksjekapitalen. Dette utgjør i prinsippet motstykket til ansvarsbegrensningen ved at aksjeeierne er hindret i å vilkårløst tilbakeføre den kapital som er innskutt i selskapet og som ligger til grunn for selskapets formue. Denne disponeringsbegrensningen av selskapets egenkapital er begrunnet i kreditorvern.⁸⁰ Som eksempel i denne sammenheng kan det vises til bindende forhåndsuttalelse avgitt den 26. mai 2005 (BFU 25/05). Uttalelsen gjelder ”spørsmål om utenlandsk selskap er skattemessig hjemmehørende i Norge og faller inn under fritaksmetoden”. Skattedirektoratet vurderer om et såkalt UK private limited company (”company limited by shares”), er å anse som tilsvarende et norsk aksjeselskap. Innsender opplyser om at selskapsformen virker under en forutsetning om ansvarsbegrensning, men i motsetning til norsk lovgivnings minstekrav til aksjekapital på kroner 100 000 ved

⁸⁰ Woxholth (2005) s. 55 og 180

opprettelse av aksjeselskap, jfr. asl/asal § 3-1 (1), er det i Storbritannia anledning til å stifte slike selskaper med tilnærmet fravær av bundet kapital. Til tross for dette legger skattedirektoratet til grunn at "Ltd-selskapet tilsvarende et norsk aksjeselskap" og konkluderer med at selskapet er omfattet av fritaksmetoden. At skattedirektoratet ikke tar opp fraværet av bundet egenkapital som et problem ved vurderingen, kan indikere at den i seg selv ikke er avgjørende, så lenge selskapet virker under betingelser som ansvarsbegrensningen representerer. Dette til tross for at prinsippet om bundet egenkapital er et sentralt punkt ved den norske aksjeselskapslovgivningen. På den annen side tar ikke Skattedirektoratet direkte stilling til om selskapsrettslig lovgivning som regulerer aksjeselskap i Storbritannia avviker fra norsk aksjeselskapslovgivning. Skattedirektoratet legger kun innsenders opplysninger på dette punkt til grunn for sin konklusjon. For å belyse dette kan det vises til Finansdepartementets uttalelse ved brev, datert 4. september 2001, som omhandler såkalte amerikanske "limited liability companies".⁸¹ Her legges det til grunn at ansvarsbegrensningen i seg selv anses avgjørende ved klassifiseringen av utenlandske selskaper for norske skatteformål.⁸² Dette kan indikere at kravet til bundet egenkapital ikke trenger å påhvile det utenlandske selskapet etter utenlandsk lovgivning for å anses "tilsvarende" og omfattet av fritaksmetoden.

Ved vurderingen av om et utenlandsk selskap er å anse som tilsvarende under fritaksmetoden, gir Finansdepartementet videre anvisning på å se hen til "hvordan den utenlandske enheten rent faktisk opererer og er organisert".⁸³ Det er med andre ord ikke bare den formelle legaldefinisjonen av selskapsformen og sentrale rettsregler som er avgjørende for om fritaksmetoden kommer til anvendelse, men også det aktuelle selskapets faktiske virke og drift. For eksempel kan det tenkes at utenlandsk lovgivning definerer ansvarsbegrensningen ved aksjeselskapsformen noe ulikt eller i andre tilfeller ikke inkluderer den i det hele tatt. Et "sentralt punkt" ved den formelle lovgivning vil da være ulikt i forhold til den norske legaldefinisjonen av aksjeselskapsformen. Men tilfellet kan

⁸¹ Utv. 2001 s. 1641

⁸² Aarbakke (1990) s. 56 flg.

⁸³ Ot. prp. nr. 1 (2004-05) pkt 6.5.2.1 (iv)

være slik at den utenlandske enheten er organisert slik at den rent faktisk fremstår som en egen juridisk person med selvstendig ansvar for sine forpliktelser og et begrenset ansvar for sine deltagere. Etter Finansdepartementets anvisning kan dette være et moment som taler for å likevel anse selskapet som tilsvarende under fritaksmetoden til tross for avvik ved de formelle definisjonene av aksjeselskapsformen. På den annen side kan sentrale punkter ved den formelle lovgivningen være i tilstrekkelig samsvar, men måten den utenlandske enheten faktisk er organisert på kan fremstå som ikke forenelig med de definerende lovregler. Dette vil da være et moment som taler mot å anse det utenlandske selskapet som tilsvarende etter fritaksmetoden.

Finansdepartementet gir ikke direkte anvisning på om det er den formelle lovgivningen eller selskapsformens faktiske organisering og virke som er avgjørende for vurderingen. Uansett er det mest naturlig og mest praktisk å ta utgangspunkt i den formelle lovgivningen, for deretter å vurdere realiteten ved tilfellet. Dersom det formelle skulle vært avgjørende for om et utenlandsk selskap ble ansett tilsvarende under fritaksmetoden, åpner dette for muligheten til å skjule seg bak formell lovgivning og definisjon. Dette vil være tilfellet dersom den utenlandske enheten oppfyller formelle krav ved legaldefinisjonen, og i så måte betraktes tilsvarende, men i realiteten opererer den under andre forutsetninger som ikke er forenelig med fritaksmetodens regelsett. Det er derfor klart at Finansdepartementets hensikt er at verken formaliteter eller realiteten skal fremstå som selvstendig avgjørende for "tilsvarende" vilkåret, men at løsningen må bero på en konkret helhetsvurdering der begge forhold tas i betraktning.

4.4.3 Skattedirektoratets praksis

I tolkningsuttalelse "avgitt av Skattedirektoratet (SKD) 13. desember 2007 vedrørende 'German investment funds' og fritaksmetoden",⁸⁴ vurdere SKD om slike fond er omfattet av fritaksmetoden. SKD henviser til tolkningsuttalelse avgitt i brev av FIN⁸⁵, der det

⁸⁴ Skattedirektoratet (2007)

⁸⁵ Finansdepartementet (2007)

fremgår at ”visse vilkår må være oppfylt for at et utenlandsk selskap mv. skal være omfattet av fritaksmetoden, under henvisning til at de må ’tilsvare’ norske selskaper mv.”.⁸⁶ SKD fremholder to krav som departementet etablerer i sin tolkningsuttalelse. For det første må utenlandske selskap mv. ”være skattemessig hjemmehørende i et EØS-land etter både intern rett og eventuell skatteavtale med Norge”. For det andre må utenlandske selskap mv. ”også være skattesubjekter med alminnelig inntektsskatteplikt (...)”.⁸⁷ SKD legger avgjørende vekt på det faktum at tyske investeringsfond ikke er underlagt alminnelig skatteplikt i sitt hjemland, og konkluderer med at ”slike fond ikke er omfattet av fritaksmetoden i skatteloven § 2-38”. SKD ser ikke behov for å drøfte øvrige vilkår.

I tolkningsuttalelse avgitt av SKD den 13. desember 2007 vedrørende ”Irsk ’Qualifying Investment Fund’ og fritaksmetoden, anvender direktoratet tilsvarende henvisning og argumentasjon som ved tolkningen av tyske investeringsfond, og konkluderer med følgende: ”På bakgrunn av at irske ’investment funds’ (...) ikke er alminnelig skattepliktig i sitt hjemland, finner Skattedirektoratet at slike fond/investeringsselskap ikke er omfattet av fritaksmetoden i skatteloven § 2-38. SKD finner det ikke nødvendig å vurdere fritaksmetodens øvrige vilkår.

I ”uttalelse avgitt av Skattedirektoratet 4. februar 2008 vedrørende fritaksmetodens anvendelsesområde i forhold til danske investeringsforeninger”,⁸⁸ vurderer SKD om slike foreninger er omfattet av fritaksmetoden som objekt.⁸⁹ Som ved uttalelsene over, henviser SKD til Finansdepartementets tolkning og legger også her avgjørende vekt på det faktum at det utenlandske selskapet ikke er alminnelig skattepliktig i sitt hjemland. SKD konkluderer med at den aktuelle danske selskapsformen ikke er omfattet av fritaksmetoden som objekt. Også i dette tilfellet finner SKD det ikke nødvendig å vurdere fritaksmetodens øvrige vilkår.

⁸⁶ Skattedirektoratet (2007)

⁸⁷ Se redegjørelsen av begrepet ”hjemmehørende” i pkt. 4.1 over.

⁸⁸ Skattedirektoratet (2008)

⁸⁹ Skattedirektoratet (2008)

I disse tre tilfellene legger Skattedirektoratet Finansdepartementets tolkningsuttalelse til grunn for sine vurderinger og konklusjoner. Ved denne praksis og bakenforliggende tolkning etableres det et krav om at det utenlandske selskapet mv. må være underlagt alminnelig skatteplikt i sitt hjemland for å være omfattet som objekt under fritaksmetoden.

Det kan se ut som en gjentakende tendens at myndighetene kun slår fast at kravet til alminnelig skatteplikt ikke er oppfylt, uten en grundigere undersøkelse av det konkrete tilfellet. Dette kan tenkes å ha sammenheng med den usikkerhet som er forbundet med fritaksmetodens virkeområde overfor utenlandske selskap mv. som objekt, og at ligningsmyndighetene derfor vegrer seg for å anvende en mer nyansert tolkningsprosess.

Konsekvensen av å oppsette et vilkår om alminnelig skatteplikt, og å legge det til grunn uten videre utfordring som et avgjørende moment i vurderingen av om det utenlandske selskapet skal anses omfattet av fritaksmetoden som objekt, vil være at et stort flertall av aksjefond innenfor EØS vil falle utenfor fritaksmetodens virkeområde og utelukke skattefritak for norske investorer. På den annen side vil norske aksjefond omfattes etter sktl § 2-38 (1) litra b), jfr. (2) litra a). Dette vil lede til problemstillinger og situasjoner der spørsmål reises om hvorvidt norske skatteregler, slik skattedirektoratet her begrenser dem, kan sies å representere en traktatstridig restriksjon etter EØS-avtalen.

Problemet i det følgende blir da å redegjøre for innholdet av kravet om alminnelig skatteplikt, og drøfte dets rettmessighet i forhold til fritaksmetodens øvrige regler og EØS-avtalens forpliktelser og grunnleggende rettigheter.

4.4.4 Tolkningsuttalelse fra Finansdepartementet datert den 25. september 2007

Uttalelsen gjelder spørsmålet om hvorvidt utenlandske aksjefond skal anses kvalifiserende som subjekt under fritaksmetoden. Etter sin fortolkning av reglene etablerer FIN et generelt vilkår om alminnelig skatteplikt. Et utenlandsk ”selskap må være undergitt selskapsskatt i sitt hjemland, uten at selskapet er unntatt fra eller kan velge å være unntatt fra slik

beskatning”, for å omfattes av fritaksmetoden.⁹⁰ FIN legger til grunn at det ikke er av betydning om det utenlandske selskapet er unntatt beskatning for ”en eller flere av dets inntekter” eller at det rent faktisk ”pga underskudd, fradrag, avsetninger eller lignende” ikke er i skatteposisjon. Avgjørende for Finansdepartementets syn er at selskaper som ikke er underlagt skatteplikt i sitt hjemland, dvs. selskaper som fullt ut er fritatt for beskatning, ikke kan tillates å kvalifisere under fritaksmetoden.

4.4.4.1 Departementets lovtolkning

Standpunktet som Finansdepartementet legger til grunn i denne uttalelsen er ikke omhandlet direkte i verken lovteksten eller forarbeidene, jfr. pkt. 4.4.1 og 4.4.2 over. Resonnementet er basert på en tolkning som legger avgjørende vekt på det faktum at bortsett fra ”fylkeskommuner og kommuner [så] er [alle] de selskaper mv som er hjemmehørende i Norge og som omfattes av skattelovens § 2-38 første ledd a-h (nå a-j), skattesubjekter med alminnelig inntektsskatteplikt hit, jfr. sktl § 2-2 (1) og (6)”.

Det er nærliggende å tro at departementet ved sitt tolkningsresonnement, ikke har tilstrekkelig vurdert alle aktuelle tilfeller ved regelsettet. I sktl § 2-32 oppstilles en hjemmel om begrenset skatteplikt ”for institusjoner eller organisasjoner som ikke har erverv til formål”. Bestemmelsens første ledd slår fast at selskap ”som ikke har erverv til formål, er fritatt fra formues- og inntektsskatt”. Det fremstår ikke som klart at slike selskaper ikke kan anses kvalifiserende under fritaksmetoden som objekt. Verken lovtekst eller forarbeidene gir anvisning på en forskjellsbehandling av selskaper mv. etter selskapets formål i forhold til fritaksmetoden. I juridisk litteratur er det lagt til grunn at slike selskaper ikke kan særbehandles, men må kunne omfattes av fritaksmetoden som objekt.⁹¹ Etter dette vil antagelig grunnleggende premisser i departementets resonnement svikte. Ved henvisning til fylkeskommuner og kommuner, viser FIN seg inneforstått med at ikke alle norske selskaper som inkluderes av fritaksmetoden er underlagt alminnelig skatteplikt. Det er

⁹⁰ Finansdepartementet (2008)

⁹¹ Gjems-Onstad (2008) s. 658

dermed meget betenkelig at departementet innfortolker et generelt vilkår om alminnelig skatteplikt for ”tilsvarende utenlandske selskaper mv.”, når tilsvarende vilkår ikke gjelder for norske kvalifiserende selskaper.

På bakgrunn av lovtekstens begrensede ordlyd i sktl § 2-38, og det faktum at forarbeidene⁹² ikke direkte inneholder eller gir anvisning på et slikt krav som Finansdepartementets tolkningsresultat oppstiller, vil det være hensiktsmessig å legge til grunn en restriktiv holdning i forhold til utvidende fortolkninger. Ellers vil man komme i fare for å tolke reglene i uoverensstemmelse med den lovgivervilje og - mening som reglene gjenspeiler. Det kan videre problematiseres hvilken rettskildemessig betydning det har at FIN etablerer et slikt krav uten sikker forening med lovgivers vilje og hensikt. Loven er i dette tilfellet gjenstand for tolkning og hvor grensen går dens ytterste rekkevidde er nødvendigvis ikke helt klare. Men problemet kan oppstå der FIN går videre i sin tolkning av reglene og etablerer standpunkter som kan argumenteres å ligge utenfor lovens rammer. Tilfellet kan da nesten fremstå som en tilsidesettelse av grunnleggende mekanismer i lovgivningsprosessen. Ved at FIN etablerer et rettsvilkår som ikke direkte fremgår av verken lovens ordlyd eller forarbeider, kan det argumenteres for at slik grense for departementets kompetanse er nådd, om enn ikke overtrådt.

Dersom den tolkning FIN legger til grunn for kravet til alminnelig skatteplikt ikke er å anse som rettsmetodisk sikker og holdbar, vil dette være et moment som taler i mot kravets gyldighet.⁹³

På denne bakgrunn mener jeg at departementets tolkning er feil.

⁹² Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

⁹³ Eckhoff (2001) s. 27

4.4.4.2 Hensynet til å unngå kjedebeskatning

Som tidligere nevnt er hensynet til å unngå kjedebeskatning en bærende begrunnelse ved innføringen av fritaksmetoden. Det er imidlertid vanskelig å se at dette hensynet betyr at skattefritaket utelukkende skal få anvendelse i situasjoner der det utenlandske selskapet er underlagt alminnelig skatteplikt i sitt hjemland.

Dersom et utenlandsk aksjeselskap virker under forutsetninger om vide eller totale fritak fra skatteplikt, vil hensynet til å unngå kjedebeskatning i utgangspunktet ikke slå til ved en eventuell avkastning innvunnet av en norsk selskapsaksjonær. Det er da mulig at inntekten ikke er gjenstand for beskatning før den eventuelt utdeles til privataksjonær.

På den annen side kan hensynet generelt sies å inneha mindre tyngde i tilfeller der en norsk selskapsaksjonær mottar avkastning fra selskap hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS. Selskaper hjemmehørende i lavskatteland vil da virke under et forholdsvis lavt eller fraværende beskatningsnivå, og avkastning vil da ikke bli beskattet på aksjonærnivå før den eventuelt utdeles til personlig aksjonær. Men i slike tilfeller vil kravet om ”reelt etablert og reell økonomisk aktivitet”⁹⁴ forhindre uønskede skattemessige tilpassninger og muliggjøre at selskaper hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS omfattes av fritaksmetoden som objekt. Finansdepartementets krav om alminnelig skatteplikt kan derfor ikke innfortolkes i ”tilsvarende” kravet, dersom et slikt krav ville vært uforenelig med rekkevidden av EF-domstolens avgjørelse i Cadbury Schweppes-saken.⁹⁵

Videre kan det tenkes at inntekten opptjent ved det utenlandske selskapet hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, har vært gjenstand for beskatning ved underliggende selskaper, før den tilfalt lavskattelandsselskapet. Dette er gjerne tilfellet dersom det utenlandske selskapet er et aksjefond. På bakgrunn av rettslige begrensinger og krav ved inntektsbeskatning i de forskjellige land, vil aksjefond i stor utstrekning investere i

⁹⁴ Skatteloven § 2-38 (3)

⁹⁵ Jfr. pkt. 4.3 over

børsnoterte selskaper og selskaper som er hjemmehørende i land med relativt normalt skattenivå. Avkasting fra slike investeringer vil som regel gjenspeile en inntekt som har vært gjenstand for beskatning ved det underliggende selskap. Dersom en slik inntekt underlegges skatteplikt ved innvinning av et kvalifiserende subjekt, for eksempel et aksjefond hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, vil tilfellet rammes av kjedebeskatning, og bør derfor omfattes av fritaksmetoden.

Etter dette vil aksepterte investeringer i lavskatteland innenfor EØS, for eksempel investeringer i aksjefond, potensielt kunne være gjenstand for kjedebeskatning. Dette taler for skattefritak etter fritaksmetoden. På den annen side vil investeringer i utenlandske selskaper som helt er fritatt fra beskatning, men som i utgangspunktet er underlagt alminnelig skatteplikt, ikke oppleve kjedebeskatning. Dette taler imot skattefritak etter fritaksmetoden.

Norske aksjefond er som hovedregel underlagt alminnelig skatteplikt. Men etter fritaksmetoden og unntaket i sktl § 10-31 (3), som hjemler skattefritak for ”gevinst (...) ved realisasjon av aksjer i selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS”, er norske aksjefond kun underlagt skatteplikt for inntekter ved aksjeutbytte som utdeles fra selskaper hjemmehørende utenfor EØS. Rente- og valutainntekter er underlagt skatteplikt etter alminnelige regler. Etter sktl § 6-1 vil aksjefondet ”gis fradrag for kostnad pådratt for å erverve (...) skattepliktig inntekt”. Videre vil fondet etter sktl § 6-24 ha fradragsrett ”for kostnader som pådras for å erverve inntekt som er fritatt for skatteplikt etter [fritaksmetoden]”. På den annen side er imidlertid ikke kostnader til erverk av skattefri inntekt etter sktl § 10-31 (3) fradragsberettiget. Forvaltingshonorar vil i utgangspunktet være den klart viktigste kostnaden for et aksjefond. Unntakene i sktl §§ 2-38 og 10-31 (3) gjør at norske aksjefond sjelden eller aldri vil være i skatteposisjon, siden fradragsberettiget forvaltningshonorar normalt vil være større enn skattepliktige inntekter.⁹⁶ Dette kommer klarere frem dersom fondet utelukkende investerer innenfor EØS. Da vil fondet

⁹⁶ BAHN (2008) s. 6

utelukkende ha skattefrie aksjeinntekter, og være berettiget til fullt fradrag for sine forvaltningskostnader, og aldri komme i skatteposisjon.

Det er klart at aksjefond hjemmehørende i en annen EØS-stat, vil være gjenstand for ulikt utformede beskatningsregler. Formelt sett anvender EØS-statene ulike fremgangsmåter for å unngå kjedebeskatning av inntekter som strømmer igjennom aksjefond. Realiteten er imidlertid at fondene ikke betaler inntektsskatt. For eksempel er det i Luxembourg og Irland generelt ingen beskatning av fondet. Likeledes vil det normalt også være for fond hjemmehørende i Frankrike, Tyskland, Nederland og Danmark.⁹⁷ Reglene for beskatning av aksjefond både hjemmehørende i Norge eller i andre EØS-land, vil etter dette i realiteten gi anvisning på samme resultat, nemlig ingen effektiv beskatning av inntekter på fondets hånd.

Etter dette er det vanskelig å se at det er nødvendig med et krav om alminnelig skatteplikt for å tilfredsstille hensynet til å unngå kjedebeskatning.

4.4.4.3 EUs mor-datterselskapsdirektiv

Norges forpliktelse etter EØS-avtalen innebærer å forhindre gjennomføring og anvendelse av rettsregler som kan komme i konflikt med avtalens normer, da spesielt de grunnleggende frihetene. Det fremgår som sagt av forarbeidene til fritaksmetoden at skattefritaket ikke bør gå lengre enn hensynet til EØS-avtalens regler tilsier.⁹⁸ I sin tolkningsuttalelse formulerer Finansdepartementet følgende om fritaksmetodens virkeområde i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen:

”Den norske fritaksmetoden holder seg innenfor disse forpliktelser dersom den holder seg innenfor EF-domstolens praksis om utbyttebeskatning basert på de fire friheter og

⁹⁷ BAHR (2008) s. 7 flg.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

bestemmelsene om ikke-transparente enheter i EUs mor – datterselskapsdirektiv (90/435/EEC)”.

Det er vanskelig å se hvorfor FIN velger å legge avgjørende vekt på dette direktivet som ikke engang er del av EØS-avtalen. Norge er derfor ikke under noen omstendighet omfattet av direktivet og har heller ingen forpliktelse til å gjennomføre dette i norsk lov.

EØS-retten har som prinsipiell målsetning å videreutvikles dynamisk, i pakt med underliggende EU-rett. Men i motsetning til EU-statene har ikke EFTA-statene formelt overført lovgivningskompetanse til et overnasjonalt nivå. Alle endringer i EØS-avtalen må da betraktes formelt som en ”ny folkerettslig avtale mellom partene”.⁹⁹ Etter dette kan i hvert fall ikke nye rettsakter (direktiver, forordninger m.m.) omhandle rettsområder som ikke er omfattet av selve EØS-avtalen. Med andre ord så kan ikke nye rettsakter anses som annet enn presisering og videreføring av de regelverk som allerede er etablert og nedfelt i EØS-avtalens hoveddel. Som følge av at skatterett ikke er en del av EU-samarbeidet, fikk mor-datterselskapsdirektivet kun et begrenset virkeområde innenfor EU. Av samme grunn er direktivet helt fraværende under EØS-avtalen.¹⁰⁰ Men under den forutsetning av at direktivet kan gis relevans, kan det ikke under noen omstendighet gi FIN kompetanse til å oppstille vilkår som virker innskrenkende i forhold til de grunnleggende friheter som følger av EØS-avtalen.¹⁰¹ Dette innebærer med andre ord at EF-traktaten og EØS-avtalen etablerer rettigheter som favner videre enn de aktuelle rettsakter. Men det er ingen ting i veien for at for eksempel direktiver stadfester tilsvarende grenser som gjeldende rett i forhold til avtalens friheter. At de traktatfestede friheter har større omfang enn mor-datterselskapsdirektivet følger også uttrykkelig av EF-domstolens praksis.¹⁰²

⁹⁹ *EØS-rett* (2004) s. 178

¹⁰⁰ BAHN (2008) s. 33

¹⁰¹ *EØS-rett* (2004) s. 178

¹⁰² Se eksempelvis sak C-379/05 *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*

Å legge til grunn direktivets definisjon av ”hjemmehørende” ved tolkning av sktl § 2-38, slik departementet gjør, vil kunne representere en feilaktig fortolkning av EØS-avtalen. Til tross for at forarbeidene ved to anledninger fremholder direktivet som eksempel,¹⁰³ er det nærliggende å tro at det ikke er anledning til å anvende direktivets definisjoner som mal for norsk intern retts holdbarhet i forhold til EØS-avtalens forpliktelser. I denne sammenheng fremstår Finansdepartementets tolkning som helt ubegrunnet. Departementet fremhever ikke noen rettskilder til støtte for sin slutning.

4.4.5 Reelle hensyn

4.4.5.1 Aksjefond etablert innenfor EØS er forutsatt omfattet av fritaksmetoden

For et norsk etablert aksjefond rekker ikke regelen etter sktl § 2-38 langt nok til å sikre skattefritak for gevinster på aksjer knyttet til selskaper utenfor EØS. Norske aksjefond begrenser seg i all hovedsak til å foreta porteføljeinvesteringer, og vil i utgangpunktet derfor ikke kunne opptjene aksjeinntekter som knyttet til eierandeler i utenlandske selskaper utenfor EØS som er av den størrelsesorden som kvalifiserer under fritaksmetoden etter § 2-38 (3) litra b). Men etter sktl § 10-31 (1) er verdipapirfond ”fritatt for skatteplikt på gevinst og har ikke fradragsrett for tap ved realisasjon av aksjer i selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS”. Uten et slikt særlig skattefritak som sktl § 10-31 (3) oppstiller, vil det påhvile norske aksjefond skatteplikt for alle aksjeinntekter som skriver seg fra investeringer i selskaper utenfor EØS. Ved skattereformen og innføringen av fritaksmetoden, ble imidlertid særregelen i § 10-31 (3) opphevet på bakgrunn av at fritaksmetoden omfattet aksjefond som subjekt. Men i forarbeidene tok Finansdepartementet forbehold om at en tilsvarende regel skulle vurderes.¹⁰⁴ En slik særlig fritaksregel ble foreslått i Ot.prp. nr. 92 (2004-2005), med det formål å forhindre at det for norske aksjefond oppstod en konkurransemessig ulempe sett i forhold til aksjefond

¹⁰³ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.5.4.3 og 6.5.4.5.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)

hjemmehørende i andre EØS-stater. I pkt. 6.3 i departementets forslag er følgende forutsetning formulert:

”Dersom reglene beholdes slik de er vedtatt [uten et særlig skattefritak for gevinster på aksjer i selskaper hjemmehørende i land utenfor EØS] vil det innebære en skjerping av beskatningen av fondenes aksjegevinster som er innvunnet utenfor EØS. Tidligere var gevinster skattefrie på fondets hånd uavhengig av hvor de var opptjent. Norske aksjefond, som helt eller delvis investerer i markeder utenfor EØS, vil ha en konkurranse ulempe sammenlignet med aksjefond som forvaltes fra andre jurisdiksjoner innenfor EØS. Disse fondene kan, dersom de er etablert innenfor EØS-markedet og oppfyller kravene som stilles i rådsdirektiv 85/611/EØF, markedsføres overfor norske investorer på lik linje med fond som er etablert her i landet.”

Det er for det første nærliggende å tro at departementet forutsetter at aksjefond i andre EØS-land er omfattet av skattefritak slik som sktl § 10-31 (3) representerer. Det fremgår ikke av departementets merknader at metoden for beskatning skal tillegges noen betydning.

For det andre er det grunn til å tro at departementet ved sitt resonnement legger til grunn at aksjefond innenfor EØS er omfattet av fritaksmetoden som objekt. Dersom fritaksmetoden er begrenset til kun å gjelde norske aksjefond ville departementet ikke ha noen grunn til å påpeke en mulig konkurransemessig ulempe for norske aksjefond.

Etter dette er det forutsatt at aksjefond innenfor EØS skal omfattes av fritaksmetoden, noe skattedirektoratets tolkning ikke tar hensyn til. I tilfelle vil dette medføre at FIN er uenig med seg selv, siden direktoratets tolkning bygger på en uttalelse fra Finansdepartementet.

4.4.5.2 Kravet til reell etablering og reell økonomisk aktivitet

Som nevnt i pkt. 4.3 over, er selskaper hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS omfattet av fritaksmetoden som objekt under vilkår om reell etablering og økonomisk virksomhet i det aktuelle landet. I Ot.prp. nr. 1 (2007-08) kapittel 14, pkt. 14.4.2,

formuleres begrunnelsen for innføringen av dette kravet. ”Med et slikt krav [til reell etablering og reell økonomisk virksomhet i EØS-staten] vil man for eksempel motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten.”

Ved fravær av et slikt krav forhindres ikke inntekter å skattefritt strømme gjennom selskaper etablert i utlandet som ellers anses omfattet av fritaksmetoden. Men etter innføringen av vilkåret anses en slik gjennomstrømning akseptabel, dersom det utenlandske selskap har ”reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten”.¹⁰⁵

De fortolkninger som Finansdepartementet presenterer i sin tolkningsuttalelse og som skattedirektoratets praksis følger, bryter med dette ved at det etableres et tilleggskrav om (formell) alminnelig skattplikt. På den annen side er departementets tolkningsuttalelse avgitt før disse krav ble kodifisert i sktl § 2-38. Dette kan forklare hvorfor dette hensyn ikke ble drøftet. Men skattedirektoratets uttalelser ved vurderingen av det tyske og det irske aksjefondet, jfr. over i pkt. 4.4.3, er avgitt i etterkant av lovendringen og vilkåret burde derfor vært del av direktoratets vurderingsgrunnlag.

4.4.5.3 Potensielle kjedebeskatnings effekter

Dersom praksis legger til grunn et krav om alminnelig skatteplikt for det utenlandske selskap som objekt ved den kvalifiserende inntekt, vil det oppstå kjedebeskatnings effekter ved inntekter som innvinnes av norske investorer gjennom utenlandske aksjefond.

For eksempel vil inntekten beskattes ved det underliggende porteføljeselskapet. Dermed vil den gevinst som den norske selskapsinvestor opptjener ved realisasjon av andel i det tyske eller irske aksjefond være gjenstand for beskatning. Til slutt vil også utdelinger fra den norske selskapsinvestoren til sine private aksjonærer utløse skatteplikt på mottagers hånd.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 1 (2007-2008) pkt. 14.4.2

Men leddene i eierkjeden kan være gjenstand for ytterligere beskatning dersom det utenlandske aksjefond investerer i norske selskaper. Da vil inntekten som oppbæres av dette selskapet være underlagt alminnelig selskapsbeskatning. Videre vil utdelinger fra det norske selskapet til det tyske eller irske aksjefondet være underlagt kildeskatt til Norge. Dernest vil den gevinst som den norske selskapsinvestor opptjener ved realisasjon av andel i det tyske eller irske aksjefond være gjenstand for beskatning. Til slutt vil eventuelle utdelinger eller realisasjongsgevinster utløse skatteplikt for den private aksjonær i det norske selskapet.

Etter dette er det vanskelig å se at kravet om alminnelig skatteplikt er forenelig med hensynet til å unngå kjedebeskatning.

4.4.5.4 Hensynet til regelsettes effektivitet og forutberegnlig etterlevelse

Ved kjernen av fritaksmetodens virkeområde fremstår regelsettet som forholdsvis enkelt og oversiktlig. Hvilke norske selskap mv. som omfattes av fritaksmetoden som subjekt eller objekt fremgår direkte av lovteksten i sktl § 2-38. Men ved randen av fritaksmetodens virkeområde, da spesielt ved metodens grenseoverskridende anslag og i forhold til EØS, er lovens formulering gjenstand for tolkning og skattefritakets rammer fremstår som mindre klare. Et hovedhensyn bak innføringen av fritaksmetoden var som sagt å gjøre reglene mer effektive med den effekt å fremstå som enklere å gjennomføre, kontrollere og etterleve.¹⁰⁶

Ved at FIN etablerer et krav om alminnelig skatteplikt, basert på en fortolkning av regleverket som kan utfordres som uholdbar i forhold metodens øvrige hensyn, bidrar det til å øke den usikkerhet som i utgangspunktet er forbundet med regelsettets grenser. Usikkerheten styrkes også ved at SKD, ved sin etterfølgende praksis, legger kravet til grunn som avgjørende, uten videre nyanserte drøftelser av de aktuelle tilfeller. Det kan etter dette argumenteres for at slik forvaltning av regleverket, i mer eller mindre utstrekning, virker imot fritaksmetodens bakenforliggende hensyn om effektivitet og forutberegnelighet.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 1 (2004-2005) pkt. 6.1

4.4.6 Forholdet til EØS-avtalens grunnleggende friheter

Vurderingstemaet for den følgende drøftelse er om skattedirektoratets praksis kan anses å representere en traktatstridig forskjellsbehandling. Problemstillingen er om det forhold at fritaksmetoden begrenses til generelt å gjelde inntekt fra aksjefond som er underlagt alminnelig skatteplikt i sitt hjemland, kan anses å komme i konflikt med restriksjonsforbudet etter art. 40 i EØS-avtalen.

EF-domstolens vurderinger av om det foreligger en traktatstridig forskjellsbehandling, kan i realiteten inndeles i tre påbyggende faser.¹⁰⁷ For det første må det avklares om den utenlandske person som er omfattet av en av de fire friheter, er i en sammenlignbar situasjon med den innenlandske person, jfr. pkt. 4.4.6.1. Dersom dette er tilfellet, må det videre avgjøres om det forekommer forskjellsbehandling av de to personene, jfr. pkt. 4.4.6.2. I motsatt fall vil det ikke foreligge diskriminering. Avslutningsvis må det vurderes om forskjellsbehandlingen kan aksepteres med begrunnelse i allmenne hensyn, jfr. pkt. 4.4.6.3.

4.4.6.1 Foreligger en sammenlignbar situasjon?

Som nevnt over er de formelle skattereglene i de forskjellige EØS-land ulikt utformet hva angår beskatning av aksjefond. Det er derfor klart at et tysk aksjefond eller tilsvarende regulerte utenlandsk aksjefond, og et norsk aksjefond formelt sett ikke er i en sammenlignbar situasjon.

Men på grunn av norske aksjefonds vide skattefritak og fradragsmuligheter, vil disse normalt ikke komme i skatteposisjon og er dermed i realiteten å anse som skattefrie.¹⁰⁸ Det er da liten reell forskjell mellom de utenlandske aksjefond som ikke er underlagt skatteplikt

¹⁰⁷ *EØS-rett* (2004) s. 417

¹⁰⁸ Se. pkt. 4.4.4.2 over.

og det norske aksjefond som praktisk talt er skattefrie. Resultatet av de formelle rettsreglene er at det i realiteten ikke svares skatt på fondsnivå, mens investorene på sin side pålegges skatteplikt for eventuelle utdelinger og gevinster. Etter dette kan utenlandske aksjefond og norske aksjefond reelt sett anses å være i en sammenlignbar situasjon.

I forhold til spørsmålet om det foreligger en forskjellsbehandling, blir det etter dette avgjørende om formaliteten eller realiteten skal legges til grunn.

Generaladvokat Geelhoeds bemerkning i ”Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation”¹⁰⁹ indikerer at realiteten, og ikke formaliteten, skal legges til grunn i EF-retten. Geelhoed vurderer ”hvilken betydning det eventuelt vil ha dersom Storbritannia, formelt sett innfører likelydende tynn kapitaliseringsregler for nasjonale anliggende som for grenseoverskridende tilfeller, men uten at det er noen realitet i innføringen av de nasjonale reglene”¹¹⁰, og konkluderer med at en slik utvidelse av regleverket som kun oppnår formelle målsetninger, uten praktisk anslag, er meningsløs og har motvirkende effekt på økonomisk effektivitet.

Det er nærliggende å tro at et generelt prinsipp om å legge tilfellets realitet til grunn, kan innfortolkes i EØS-avtalens art. 3. Etter denne artikkel skal Norge ”avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare”. Dersom en legger til grunn en formell forutsetning for fritaksmetodens virke, uten å ta hensyn til realiteten ved det konkrete tilfellet, er det klart at dette vil kunne hindre EØS-avtalens hovedformål om ”å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler, med sikte på å opprette et ensartet [EØS]”, jfr. art 1 EØS.

De formelle rettsreglers faktiske konsekvenser, gjenspeiler i mer eller mindre grad de bakenforliggende målsetninger som lovgiver har lagt til grunn ved utformingen av reglene.

¹⁰⁹ Sak C-524/04 Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue

¹¹⁰ BAHN (2008) s. 29

Reglene søker i så måte å være normerende og adferdsregulerende i forhold til det aktuelle rettsområde. Dersom formålet med de regelsett som sammenlignes kan sies å være sammenfallende, kan det tenkes at dette vil være av betydning for om en sammenlignbar situasjon anses å foreligge. Dette var tilfellet i EF-domstolens avgjørelse i Lenz-saken.¹¹¹ Saken gjaldt Østerrikske regler for utbyttebeskatning. Etter reglene kvalifiserte ikke utbytte mottatt fra selskaper hjemmehørende i andre medlemsstater for en slik lempelig beskatningsregel som utbytte mottatt fra selskaper hjemmehørende i Østerrike falt inn under. Domstolen konkluderte med at forholdet representerte en restriksjon først og fremst for østerrikske investorer, men også for selskaper som hadde til intensjon å oppbygge kapital i Østerrike. Ved vurderingen av sammenlignbarhetskriteriet la domstolen særlig vekt på de legislative hensyn som lå til grunn for skatteletten ved den særlige utbytteregelen. Rettsregelens motiv var å motvirke økonomisk dobbelbeskatning. Domstolen understreket at slike effekter også kunne forekomme ved utenlandsinvesteringer og konkluderte med at vilkåret var oppfylt.¹¹²

Tilsvarende vurdering ble lagt til grunn i Manninen-saken.¹¹³ Saken gjaldt den daværende finske reguleringen av utbyttebeskatning. På den tiden, som i Norge, gjaldt et godtgjørelsessystem¹¹⁴ som ikke tillot den aktuelle investor rett til godtgjørelse i skatt til Finland på utbytte mottatt fra et selskap hjemmehørende i Sverige. Domstolen understreker, som i Lenz-saken over, at risikoen for økonomisk dobbelbeskatning foreligger både ved utbytte fra finske selskaper og fra selskaper i andre medlemsland. Domstolen la igjen avgjørende vekt på legislative hensyn ved vurderingen av om det forelå en sammenlignbar situasjon.

¹¹¹ Sak C-315/02 Anneliese Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol.

¹¹² BAHK (2008) s. 24

¹¹³ Sak C-319/02 Manninen

¹¹⁴ Se pkt. 2.3.2 over

Siden omfanget av norske fonds skatteplikt i praksis leder til et fravær av betalbar skatt, vil det ikke kunne oppstilles andre forskjeller mellom norske og utenlandske fonds skattemessige status, enn formelle avvik.

Den skattemessige behandlingen av utenlandske aksjefond og norske aksjefond er etter dette sammenlignbar.

4.4.6.2 Innebærer den nasjonale ordningen en traktatstridig forskjellsbehandling?

EF-domstolens tolkning av restriksjonsbegrepet i art. 40 i EØS-avtalen, bygger på en forutsetning om at svært lite kan anses tilstrekkelig ved vurderingen av om restriksjonsforbudet er overtrådt.¹¹⁵ Nasjonale ordninger er forbudte dersom de er ”tilbøyelige til å hindre utøvelsen av fundamentale friheter eller gjøre disse mindre attraktive i utgangspunktet er forbudt”.¹¹⁶ Formuleringen er hentet og oversatt fra EF-domstolens dom i Gebhard-saken¹¹⁷.

EF-domstolen har flere ganger vurdert nasjonale regler for beskatning og den skattemessige forskjellsbehandling disse kan medføre.¹¹⁸ Det er stadig lagt til grunn strenge krav til likebehandling av investeringssituasjoner som anses sammenlignbare. Dette gir rom for en klar regel. Den enkelte medlemsstats interne regler kan ikke føre til en dårligere skattemessige behandling av investeringer i utlandet enn tilsvarende nasjonale investeringer.

Spørsmålet blir da om den ulike skattemessige behandlingen av investeringer i utenlandske og norske aksjefond er innebærer en traktatstridig forskjellsbehandling.

¹¹⁵ *EØS-rett* (2004) s. 401

¹¹⁶ *EØS-rett* (2004) s. 401

¹¹⁷ Sak C-55/94 Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

¹¹⁸ Se eksempelvis Verkooijen (sak C-35/98), Lenz (sak C-315/02) og Manninen (sak C-319/02)

En slik ulik skattemessig behandling som Skattedirektoratets praksis medfører, vil kunne innebære at konkurransevilkårene for norske og utenlandske aksjefond blir ulike. Ved å begrense fritaksmetoden til kun å omfatte norske aksjefond, vil slike behandles langt gunstigere enn utenlandske fond innenfor EØS. Dette vil føre til en vridning i konkurransen mellom investeringer i Norge og i utlandet som vil virke fordelaktig for førstnevnte. Reglene slik skattedirektoratet anvender dem, fører til at norske aksjefond fremstår som gunstigere investeringsobjekter enn tilsvarende utenlandske. En norsk investor vil således ha incentiver til å investere i et norsk aksjefond fremfor et tilsvarende utenlandsk fond.

Etter dette synes det klart at kravet til alminnelig skatteplikt representerer en traktatstridig forskjellsbehandling.

4.4.6.3 Kan allmenne hensyn forsvare forskjellsbehandlingen?

Som følge av at skattedirektoratets analyse og argumentasjon i de overnevnte tilfellene er for så vidt grunne, er det ikke mulig å se en nærmere rettferdiggjøring fra direktoratets side av den foreliggende forskjellsbehandlingen. Det er heller ikke mulig å se at de aktuelle traktatfestede unntak kan være relevante.¹¹⁹ Jeg vil derfor kun vurdere om allmenne hensyn kan tenkes påberopt som begrunnelse og rettferdiggjøring av restriksjonen.

Etter EF-domstolens praksis er det som nevnt ikke anledning til å fremholde økonomiske eller forvaltningsmessige hensyn, som rettferdiggjørende grunnlag for restriksjonen, jfr. pkt. 3.4 over. Det proteksjonistiske og økonomiske hensyn går først og fremst ut på å favorisere nasjonalt næringsliv i konkurranse med næringslivet i andre EØS-land.¹²⁰ Det er etter redegjørelsen over nærliggende å tro at det er nettopp en slik konkurransevridding som skattedirektoratets praksis medfører. Som sagt er det ikke uttalt at et slikt økonomisk hensyn løftes frem som rettferdiggjøringsgrunn, men det er vanskelig å se at restriksjonen er begrunnet i noe annet.

¹¹⁹ Se pkt 3.4 over

¹²⁰ *EØS-rett* (2004) s. 317

På den annen side kan det tenkes et annet aktuelt allment hensyn. Ved EF-domstolens praksis, for eksempel Cadbury Schweppes¹²¹, har nasjonale ordninger som anses å utgjøre en traktatstridig restriksjon, vært akseptert dersom ordningens formål er å hindre rent kunstige virksomhetsarrangementer som er etablert med formål om omgåelse av nasjonale rettsregler. I nevnte sak formuleres følgende: "A national measure restricting freedom of establishment may be justified where it specifically relates to wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned".

Etter dette er det klart at den innskrenkede fortolkning av fritaksmetoden som skattedirektoratet legger til grunn ved sin praksis, ikke kan gjøres rettmessig med grunnfeste i slike misbruksargumenter dersom den generelt sett rammer utenlandske fond. Som sitatet over legger til grunn, så må den innskrenkende fortolkning være spesifikt egnet til å hindre kunstige arrangementer med siktemål å omgå norsk skattelovgivning, for å kunne rettferdiggjøres av en slik misbrukslære.

Allmenne hensyn kan ikke fremføres til forsvar for restriksjonen i dette tilfellet.

4.4.7 Delkonklusjon

Det kan ikke ved tolkning av "tilsvarende utenlandsk selskap mv" i sktl § 2-38 (2), etableres et generelt krav om alminnelig skatteplikt for at selskaper mv. hjemmehørende i utland innenfor EØS skal kunne omfattes som objekt under fritaksmetoden. Verken ordlyd, forarbeider, bakenforliggende eller reelle hensyn kan legges til grunn for et slikt krav. Finansdepartementets tolkningsuttalelse, samt skattedirektoratets etterfølgende praksis bryter også med de forpliktelser som Norge er pålagt etter EØS-avtalen.

¹²¹ Sak C-196/04 Cadbury Schweppes v Commissioners of Inland Revenue

For at Finansdepartementets tolkningsresultat skal være i samsvar med sktl § 2-38 og EØS-rettslige forpliktelser, må konklusjonen være at aksjefond som er reelt etablert innenfor EØS anses som kvalifiserende under fritaksmetoden.

4.5 Konklusjon

Dersom et utenlandsk selskap mv. er reelt etablert og skattemessig hjemmehørende innenfor EØS, omfattes det av fritaksmetoden som objekt. Dette gjelder som hovedregel selv om selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland innenfor EØS, og uansett størrelse på skatteyters investering og eierforhold i selskapet. Men forutsetningen for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse i disse tilfeller er at selskapet er organisert og virker under en foretaksform som faktisk og formelt tilsvarer norske kvalifiserte selskaper.

5 Litteraturliste

Aarbakke, Magnus *Skatt på inntekt*. 4. utg. Oslo, 1990.

Bedrift, selskap og skatt. Fredrik Zimmer ... [et al.]. 4. utg. Oslo, 2006.

BFU fra Skattedirektoratet 25/05 *Spørsmål om utenlandsk selskap er skattemessig hjemmehørende i Norge og faller inn under fritaksmetoden (skatteloven §§ 2-2 og 2-38)*.

<http://www.skatteetaten.no> [Sisert 6. februar 2009]

Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen og KPMG Law Advokatfirma DA. Notat som vedlegg til et inngående brev til FIN. 31. januar 2008.

Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.

Eide, Erling og Endre Stavang *Rettsøkonomi I*. 1. utg. Oslo, 2005.

EØS-rett. Frederik Sejersted ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2004.

Brev fra Finansdepartementet *Begrepet "hjemmehørende" i skatteloven § 2-38 tredje ledd bokstav b til d*. Oslo, 2005.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/prinsipputtalelser_fortolkninger/2005/Begrepet-hjemmehorende-i-skatteloven--2-38-tredje-ledd-bokstav-b-til-d.html?id=102942 [Sisert 26. august 2008].

Brev fra Finansdepartementet *Utenlandske aksjefond og fritaksmetoden*. Oslo, 2007.

http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/andre/brev/prinsipputtalelser_fortolkninger/2007/utenlandske-aksjefond-og-fritaksmetoden-.html?id=508102 [Sisert 26. august 2008].

Gjems-Onstad, Ole *Norsk bedriftsskatterett*. 7. utg. Oslo, 2008.

Jusleksikon. Jon Gisle ... [et al.]. 1. utg. Oslo, 1999.

Skattedirektoratets melding nr. 4/06 *Skattereformen 2004-2006*. <http://www.skatteetaten.no> [Sitert 26. januar 2009].

Uttalelse avgitt av Skattedirektoratet 4/2-08 *Danske investeringsforeninger og fritaksmetoden*. Oslo. 2008. <http://www.skatteetaten.no> [Sitert 5. januar 2009].

Uttalelse avgitt av Skattedirektoratet 13/12-07 *Irsk "Qualifying Investment Fund" og fritaksmetoden – tolkningsuttalelse*. Oslo. 2007. <http://www.skatteetaten.no> [Sitert 5. januar 2009].

Uttalelse avgitt av Skattedirektoratet 13/12-07 *"German investment funds" – fritaksmetoden – tolkningsuttalelse*. Oslo. 2007. <http://www.skatteetaten.no> [Sitert 5. januar 2009].

Skattedirektoratet *Lignings-ABC 2008/09*. 30. utg. Oslo, 2009. <http://www.skatteetaten.no> [Sitert 26. mars 2009].

Talmo, Frode. E-post. 25. mars 2009.

Woxholth, Geir *Selskapsrett*. 1. utg. Oslo, 2005.

Zimmer, Fredrik *Internasjonal inntektsskatterett*. 3. utg. Oslo, 2003.

6 Doms – og avgjørelsesregister

EFTA-domstolen:

Sak E-1/04 Fokus Bank ASA mot Den norske stat v/Skattedirektoratet. EUT 2006 C 45 s.

EF-domstolen:

Sak 7/61, Kommisjonen mot Italia. Sml. 1961 s. 635

Sak 7/68, Kommisjonen mot Italia. Sml. 1968 s. 423

Sak 46/76, Bauhuis mot Nederland. Sml. 1977 s. 5

Sak 120/78, Rewe-Zentral mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Sml. 1979 s. 649

Sak 32/80, Anklagemyndigheten mot Kortmann. Sml. 1981 s. 251

Sak 288/83, Kommisjonen mot Irland. Sml. 1985 s. 1761

Sak C-148/91, Vereniging Veronica Omroep Organisatie mot Commissariaat voor de Media. Sml. 1993 s. I-487

Sak C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard. Sml. 1993 s. I-6097

Sak C-358/93 og C-416/93, Bordessa m.fl. Sml. 1995 s. I-361

Sak C-324/93, The Queen mot Secretary of State for the Home Department, ex parte: Evans Medical Ltd og Macfarlan Smith Ltd. Sml. 1995 s. I-563

Sak C-55/94, Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano. Sml. 1995 s. I-04165

Sak C-212/97, Centros mot Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Sml. 1999 s. I-1459

Sak C-251/98 C, Baars mod Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem. Sml. 2000 s. I-2787

Sak C-35/98, Staatssecretaris van Financiën mod B.G.M. Verkooijen. Sml. 2000 s. I-04071

Sak C-448/98, Jean-Pierre Guimont. Sml. 2000 s. I-10663

Sak C-458, Skatteverket mod Gourmet Classic Ltd. Sml. 2001 s. I-1765

Sak C-208/00, Überseering. Sml. 2002 s. I-9919

Sak C-315/02, Anneliese Lenz mot Finanzlandesdirektion für Tirol. Sml. 2004 s. I-07063

Sak C-319/02, Manninen. Saml. 2004 I-07477

Sak C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue. EUT 2005 C 57 s. 20

Sak C-196/04, Cadbury Schweppes plc og Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue. Sml. 2006 s. I-07995

Sak C-379/05, Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam. Sml. 2007 s. I-09569

Norske rettsavgjørelser:

Rt. 2002 s. 1144

Utv. 1996 s. 1159

Utv. 2001 s. 1641

Utv. 2006 s. 485

Utv. 2008 s. 281

7 Lov- og forarbeidsregister m.v.

EØS-rettslig regelverk:

EØS-avtalen.	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeid, av 2. mai 1992.
EFT	Traktat om opprettelse av det europeiske fellesskap, av 25. mars 1957.
ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en domstol (ODA), av 2. mai 1992.
Rdir. 88/361/EØF	Rådets direktiv 88/361/EØF av 24. juni 1988 om gjennomføringen av traktatens artikkel 67. (kapitalliberaliseringsdirektivet)
Rdir. 90/435/EØF	Rådets direktiv 88/435/EØF av 23. juli 1990 om en felles beskatningsordning for mor – og datterselskaper fra forskjellige medlemsstater. (mor-datterselskapsdirektivet)

Norsk regleverk:

1999	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14
1997	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44
1997	Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45.
Ot. prp. nr. 86 (1997-1998)	Ny skattelov
Ot.prp. nr. 1 (2004-2005)	Skatte- og avgiftsopplegget 2005 - lovendringer

Ot.prp. nr. 1 (2007-2008)	Skatte- og avgiftsopplegget 2008 - lovendringer
Ot.prp. nr. 1 (2008-2009)	Skatte- og avgiftsopplegget 2009 - lovendringer
Innst. O. nr. 1 (2008-2009)	Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2009 – lovendringer
St. meld. nr. 29 (2003-2004)	Om skatterreform
NOU 2004:26	Hjemfall

Skatteavtaler:

Nordisk skatteavtale.	Overenskomst mellom de nordiske land for å unngå dobbeltbeskatning med hensyn til skatter på inntekt og formue, av 23. september 1996.
Mønsteravtalen.	Model Tax Convention on Income and on Capital. Paris, oppdatert senest 2003.
FNavtalen.	United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. Part One. New York 2001.